Entziehbarkeit von Nassauischen Apothekenbetriebsrechten und preußischen Realkonzessionen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Gerichtsassessor
Rudolf Wantzen
aus Hayingen

1934

Druck von F. W. Kalbfleisch in Gelnhausen

Referent: Professor Dr. F. Giese.

Korreferent: Professor Dr. Forsthoff.

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 1933.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite
Schrifttum 7
Einleitung 11

Erster Hauptteil:
Die nassauischen Apothekenbetriebsrechte 15
Kap. I. Politischer Umfang und gewerberechtlicher Zustand des Herzogtums Nassau um 1818 15
Kap. II. Die Apothekenbetriebsrechte 16
§ 1. Das Apothekenbetriebsrecht des nassauischen Medizinaledikts 16
§ 2. Die nassauischen Apothekenbetriebsrechte aus der Zeit vor dem Medizinaledikt . . . 22
§ 3. Die Behandlung der nassauischen Betriebsrechte bei dem Übergang Nassaus an Preußen . . 29

Zweiter Hauptteil:
Die Realkonzession als Eigentum im Sinne von Art. 153 RV. . 33
Kap. I. Der Begriff des Eigentums im Sinne von Art. 153 RV. 33
Kap. II. Die Realkonzession als subjektives privates Vermögensrecht 34
Abschnitt I: Die Realkonzession und die Rechtsordnung 34
§ 1. Realkonzession und Gesetzgebung . . . 35
A) Die Auslegung der Gesetzgebung nach der herrschenden Meinung 35
B) Die Auslegung der Gesetzgebung nach der abweichenden Meinung 44
a) Stellungnahme zur abweichenden Auslegung 47
§ 2. Realkonzession und Gewohnheitsrecht . . 50
§ 3. Realkonzession und Ersitzung 56
§ 4. Ergebnis 60

Abſch. II: Die Natur der Realkonzeſſion 61

§ 1. Die Realkonzeſſion als ſubjektives Recht . . 61

A) Die Beſtandteile der Realkonzeſſion . . 61

B) Betriebserlaubnis, Präſentationsrecht und ſubjektives Recht 64

a) Betriebserlaubnis u. ſubjektives Recht 64

b) Präſentationsrecht u. ſubjektives Recht 71

§ 2. Die Realkonzeſſion als Vermögensrecht . . 73

A) Das Vermögensrecht in der Realkonzeſſion 73

B) Rechtliche Form des Überganges des Präſentationsrechtes 75

§ 3. Die Realkonzeſſion als privates Recht . . . 76

§ 4. Ergebnis 79

Abſchn. III: Zuläſſigkeit des Rechtsweges bei Streitigkeiten über das Präſentationsrecht . . 79

Dritter Hauptteil:

Realkonzeſſion und Enteignung im Sinne von Art. 153 Abſ. 2 RV. 85

Kap. I. Der rechtliche Inhalt von Art. 153 Abſ. 2 RV. . . 85

Kap. II. Entziehung des Präſentationsrechtes bezw. Einführung der Niederlaſſungsfreiheit und Enteignung . . . 89

Abſchn. I: Vorausſetzungen 89

§ 1. Entziehung des Präſentationsrechtes und Wohl der Allgemeinheit 89

§ 2. Einführung der Niederlaſſungsfreiheit und Wohl der Allgemeinheit 91

Abſchn. II: Die Entziehung des Präſentationsrechtes bezw. die Einführung der Niederlaſſungsfreiheit als Enteignung 92

§ 1. Die Entziehung des Präſentationsrechtes als Enteignung 92

§ 2. Die Einführung der Niederlaſſungsfreiheit als Enteignung 93

§ 3. Endergebnis 96

Schrifttum.

Adlung: Die Apothekenbesitzrechte in den deutschen Ländern. Berlin 1927.
— „ —: Aufsätze in der Pharm. Zeitung.
Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. Berlin 1933.
Anschütz-Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932.
Apotheker-Ztg.: Organ des deutschen Apotheker-Vereins, Berlin.
Arndt: Reichsverfassung, 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.
Berendes: Das Apothekenwesen. Stuttgart 1907.
Bitter: Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Bornhak: Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Apothekerrechte. Gutachten für den deutschen Apothekerverein. Apotheker-Ztg. 1928 Nr. 88 und Sonderabdruck.
Bühler: Die Reichsverfassung, 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1929.
— „ —: Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung. Tübinger staatswissenschaftl. Abhandlungen, Stuttgart 1911.
— „ —: Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts. Festg. für Fritz Fleiner, Tübingen 1927.
— „ —: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Stuttgart 1914.
Crusen--Müller: Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB. Berlin 1901.
Deichmann: Preußische Apothekenbesitzverhältnisse. Marburg 1913.
Dernburg: Lehrbuch des preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1. 4. Aufl. Halle 1884.
— „ —: Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1900, Bd. 1 Allgemeine Lehren und Sachenrecht.
Ennecerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil, 13. Aufl. Marburg 1931.
Eulenberg-Horn: Das Medizinalwesen in Preußen. 3. Aufl. Berlin 1874.
Evers: Aufsätze in der Apotheker-Ztg. und in der Pharm. Ztg.
Finkenrath: Sozialismus im Heilwesen. Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, Heft 6 Bd. 33, Berlin 1930.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.
Gebhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs. München-Berlin-Leipzig 1932.
Gierke, v.: Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905. Leipzig.
Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. Berlin 1931.

Giese-Neuwiem-Cahn: Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin-Wien 1930.
Gneist, v.: Die Apothekengesetze des Deutschen Reiches und Preußens. Berlin 1925.
— „ —: Aufsätze in der Apotheker-Ztg.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Bd. 2, Berlin 1929.
Hachmann: Die Apothekenprivilegien und die Wirkung der fremdherrlichen Gesetzgebung auf die Apothekenprivilegien in Rheinland und Westfalen. Diss. Münster i./W. 1932.
Hamburger: Die preußischen Apothekenbetriebsrechte. Berlin 1928.
Hatschek-Kurtzig: Lehrbuch des preußischen und deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1931.
Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.
Hilf: Gutachten über die Rechtsverhältnisse der nassauischen Apotheker. Rhein. Kurier v. 5. 8. 1894.
Hirsch: Gutachten über die reichsgesetzliche Regelung des Apothekenwesens. Apotheker-Ztg. 1930 Nr. 72.
Hofacker: Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Stuttgart 1926.
Holstein: Aufsatz: Realkonzessionen und Reichsverfassung. Apotheker-Ztg. 1931 Nr. 71.
Hubrich: Beiträge zum Preuß. Unterrichtsrecht. Annalen des Deutschen Reichs. Jahrg. 1907 S. 84 ff.
— „ —: Verwaltungs-Archiv Bd. 13. Das Reichsgericht und die Begriffe Gesetz und Verwaltungsvorschriften.
— „ —: Grundlagen des Preuß. Staatsrechts. Verwaltungs-Archiv Bd. 17.
Illing-Kautz: Handbuch für Verwaltung und Wirtschaft im Reich und in Preußen. 11. Aufl., Bd. 4. Berlin 1933.
Jellinek, Gg.: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1919.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 3. Auflage. Berlin 1931.
— „ —: Rechtsgutachten: Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen. Schriftenreihe des Deutschen Städtetages, Heft 7. Berlin 1929.
Klie: Die Ablösung der Apothekenbesitzrechte und ihre Rechtsfolgen. Diss. Jena 1932.
Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten Bd. 1. 6. Aufl. Berlin 1874.
— „ —: Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts. Berlin 1851.
Koettgen: Grundprobleme des Wasserrechts. Beiträge zur Wasserwirtschaft. Heft 1. Jena 1925.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Krischke: Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der älteren preußischen Apothekenkonzessionen. Apotheker-Ztg. 1931 Nr. 2 und 3.
Krückmann: Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung. Leipzig 1925.

Kuhn: Die Rechtsverhältnisse der Apotheker in Preußen. Verwaltungs-Archiv Bd. 15 S. 60 ff.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Bd. 3. Tübingen 1913.
Landmann, v.-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, 8. Aufl. München 1928.
Lewinsky: Die Apothekenbetriebsrechte in Preußen, 2. Aufl. Berlin 1917.
— „ —: Aufsätze in der Apotheker-Ztg. und in der Pharm.-Ztg.
Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.
Maurenbrecher: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 1, 1840; Bd. 2, 1855. Bonn.
Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 3. Aufl. München-Leipzig 1924; 2. Aufl. 1914/1917.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. München-Leipzig 1919.
Nassauisches Verordnungsblatt: Sammlung der landesherrlichen Edikte und Verordnungen des Herzogtums Nassau.
Nelken: Das Gewerberecht in Preußen, Berlin 1906.
Pfeiffer: Die Apothekenverhältnisse im vormaligen Herzogtum Nassau. Nassauische Annalen (Jahrbuch d. Vereins f. nass. Altertumskunde und Geschichtsforschung), Bd. 44. Wiesbaden.
— „ —: Die Apothekenprivilegien im vormaligen Herzogtum Nassau und das nass. Medizinaledikt v. 14. März 1818. Pharm. Nachrichten 1912 Nr. 40 und 41.
Pharmazeutische Nachrichten: Organ des Vereins zur Wahrung d. wirtschaftl. Interessen Deutscher Apotheker. Leipzig.
Pharmazeutische Zeitung: Zentralorgan f. d. gewerbl. und wissenschaftl. Angelegenheiten des Apothekerstandes. Verlag Springer, Berlin.
Pistor: Das Apothekenwesen in Preußen. Berlin 1894.
Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. Berlin 1928.
Pretzell: Gutachten: Sind die Apothekenprivilegien im ehem. Herzogtum Nassau durch das Medizinaledikt v. 14. März 1818 aufgehoben worden? Nachrichten des Vereins zur Wahrung der wirtschaftl. Interessen Deutscher Apotheker; Jahrg. 1911 Nr. 6—8. Eupen.
Radeke: Das deutsche Apothekenprivilegienrecht. Diss. Würzburg 1912.
— „ —: Aufsätze in der Pharm. Ztg.
Regelsberger: Pandekten, Bd. 1. Leipzig 1893.
Rehm: Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, München 1889.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Kommentar von Reichsgerichtsräten, 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Rönne, v.: Das Staatsrecht der Preuß. Monarchie, 5. Aufl. Leipzig 1899. 4. Aufl. Bd. 4, Leipzig 1884.
— „ —: Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die preuß. Staaten, Berlin 1885.

Rönne, v.: Das Medizinalwesen des preuß. Staates, Bd. 1, Breslau 1844 nebst Supplementband 1852.
Sarwey, v.: Allgemeines Verwaltungsrecht. In: von Marquardsens Handb. des öffentl. Rechts, Bd. I, 2, Freiburg 1887.
— „ —: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.
Sauer: Das Herzogtum Nassau in den Jahren 1813 bis 1820. Wiesbaden, 1893.
Schelcher: Die Rechte und Pflichten aus dem Eigentum (Art. 153 R. V.), Beitrag zu dem Nipperdey'schen Sammelwerk: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1930.
Schlockow-Roth-Leppmann: Der Kreisarzt, 6. Aufl. Berlin 1906.
Schmitt: Die Auflösung des Enteignungsbegriffes, J.W. 1929 S. 495 ff.
Schoen: Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht, Ver. Arch. Bd. 28 S. 1 ff.
Schultzenstein: Konzession und Erbrecht, Verw. Arch. Bd. 10 S. 113 ff.
Seydel-Schecher: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1910.
Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 14./15. Aufl. Bd. I, 1, Berlin 1928.
Sitzungsprotokolle der landständischen Deputierten-Versammlung des Herzogtums Nassau von dem Jahre 1831, Wiesbaden 1832.
Spielmann: Geschichte von Nassau, 1. Teil: Politische Geschichte, Wiesbaden 1910; 2. Teil: Kultur- und Wirtschaftsgeschichte, Montabaur, 1926.
Stengel, v.: Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl. Bd. 1, Tübingen 1928.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. Bd. 2, Berlin-Leipzig 1930.
Triepel: Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien; Rechtsgutachten. Berlin-Leipzig 1924.
Tuhr, v.: Bürgerliches Recht, Allgem. Teil, Bd. 1, Leipzig 1910.
Urban: Apothekengesetze, Berlin 1927.
Wolff, M.: Reichsverfassung und Eigentum, Berliner Festg. für W. Kahl, Tübingen 1923.

Außerdem die gebräuchlichen Gesetz- und Spruchsammlungen.

Einleitung.

Wohl kein Gebiet weist heute noch eine derartige Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Ausgestaltung auf, wie gerade das Gebiet der Besitzrechtsverhältnisse der Apotheken. Deutlich spiegelt sich hier die Zersplitterung wieder, die bis zur Einigung des Reiches in politischer Hinsicht bestand. Als diese Einigung endlich erfolgte, wurden zwar die rechtlichen Verhältnisse der meisten übrigen Gewerbe auf reichsrechtliche Grundlage gestellt; unter denen jedoch, deren Regelung nach wie vor den Landesgesetzen überlassen sein sollte, befanden sich auch die Besitz- und Betriebsverhältnisse der Apotheken. Denn die RGewO. nimmt in § 6 die „Errichtung und Verlegung" der Apotheken von ihrer Zuständigkeit aus und überläßt diese Regelung den Landesgesetzen. — Unter den Begriff der Errichtung und Verlegung fällt nach herrschender Meinung[1]) das gesamte Konzessionsverfahren, d. h. die Regelung der Apothekenbesitzverhältnisse schlechthin. Die Landesgesetze können also insbesondere die Errichtung von Apotheken ohne Erlaubnis gestatten, d. h. Niederlassungsfreiheit einführen oder die Errichtung von Apotheken von einer Erlaubnis abhängig machen. Ebenso vermögen sie diese Erlaubnis als persönliche oder als vererbliche und veräußerliche oder als dingliche zu gestalten[2]).

So groß die Zersplitterung und so verschiedenartig die Ausgestaltung der einzelnen Betriebsrechte auch war, die früher in den einzelnen Ländern erteilt wurden, eines war dem deutschen Apothekenwesen von jeher gemeinsam: Es konnte nicht jedermann eine Apotheke eröffnen und betreiben, sondern es bedurfte dazu stets einer Erlaubnis des Landesherrn oder sonstiger Machthaber[3]). Die Apotheke in ihrer Eigenschaft als Arzneimittelabgabestelle in der heutigen Form stammt in Deutschland erst aus dem 14. Jahrhundert[4]). Ebenso lange findet sich die Notwendigkeit einer besonderen Erlaubnis zu ihrem Betrieb. Ihre Grundlage bildete die Neapeler Verordnung Kaiser Friedrichs II. vom Jahre 1241[5]). Das System, die Eröffnung einer Apotheke von einer staatlichen Erlaubnis abhängig zu machen, wirkte sich in der Folgezeit auf die Güte der Arzneimittelversorgung und damit auf die Volksgesundheit so günstig aus, daß

---

[1]) Deichmann, Preuß. Apothekenbesitzverh. S. 4; v. Gneist, Apotheker-Ztg. 1928 Nr. 99; Hamburger, Ap.-Betriebsrechte, S. 36; Lewinsky, Die Ap.-Betriebsrechte in Preußen, S. 87; Urban, Ap.-Gesetze, S. 265.

[2]) v. Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO. § 6 Anm. 4 S. 114.

[3]) Nelken, Das Gewerberecht in Preußen, § 4 S. 74.

[4]) Adlung, Die Ap.-Besitzrechte in den deutschen Ländern, S. 2; Berendes, Das Ap.-Wesen, S. 88 ff.; Radeke, Das deutsche Ap.-Privilegienrecht, S. 13.

[5]) Radeke, a. a. O., S. 8 N. 4.

bei der Einführung der Gewerbefreiheit das Apothekengewerbe davon und ebenso von einer Niederlassungsfreiheit ausgenommen wurde.

Die Erlaubnis zum Betriebe einer Apotheke wurde ursprünglich allgemein in Form von Privilegien verliehen[6]). Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wandten sich die größeren Staaten z. B. Preußen und Bayern von der Apothekenbetriebsform des Privilegs ab und verliehen fortan als Betriebserlaubnis Konzessionen[7]).

Wie in den anderen Staaten, unterlagen im Laufe der Zeit auch in Preußen die Konzessionen manchen Aenderungen. Bald näherte sich die Konzession wieder dem Privileg an. So war in Preußen das Privileg durch die Einführung der Konzession im Jahre 1810 abgelöst worden. Als auch hier eine Annäherung der Konzession an das Privileg stattfand, erfolgten mehrere Reformen; die Jahre 1842, 1846, 1886 und 1894 brachten jeweils eine größere Umgestaltung des Konzessionscharakters. Weil aber allgemein eine Aufhebung der früheren Apothekenbetriebsrechte nicht vorgenommen wurde, konnte ein einheitliches Betriebsrecht nicht erreicht werden. — Es werden daher, der geschichtlichen Entwicklung entsprechend, im wesentlichen heute drei Hauptgruppen[8]) von Apothekenbetriebsrechten unterschieden: a) Die bis 1810 erteilten Privilegien[9]), b) die bis 1894 erteilten sog. Realkonzessionen[10]), c) die seit 1894 zur Ausschreibung gelangenden Personalkonzessionen. Die unter a) und b) genannten Betriebsberechtigungen sind „verkäuflich", d. h. ihre Inhaber besitzen das Recht, ihre Nachfolger in der Betriebsberechtigung zu bestimmen. Unverkäuflich, d. h. ohne das Recht, mit bindender Wirkung für die Behörde, den Nachfolger vorzuschlagen, sind die Personalkonzessionen; hier bestimmt der Staat den Nachfolger. Diese drei Gruppen von Apothekenbetriebsberechtigungen bestehen teilweise nebeneinander, so z. B. in den altländischen Provinzen Preußens und in Hessen-Nassau.

Die Vielheit und Verschiedenheit der Apothekenbesitzrechtsverhältnisse erweckte seit dem Zusammenschluß deutscher Staaten schon früh den

---

[6]) Berendes, a. a. O., S. 88; OLG. 44,137.

[7]) Vgl. unten S. 35 ff.

[8]) Die Entwicklung der Betriebsrechte einer einzelnen Gruppe ist teilweise in den einzelnen Ländern und teils sogar in einem einzelnen Lande verschieden. Vor allem gilt das für die Realkonzessionen, wie das deren jetzige unterschiedliche Behandlung in den einzelnen Ländern beweist.

[9]) Darunter fallen sowohl die Realprivilegien, d. h. die subjektiv-dinglichen, als auch die vererblichen und veräußerlichen Personalprivilegien, meist selbständige Apothekengerechtigkeiten genannt. Keine besondere Art bilden die Exklusiv-Privilegien, d. h. die mit dem ausschließl. Recht zum Betrieb einer Apotheke ausgestatteten Apothekengewerbe-Berechtigungen; die Exklusiv-Rechte sind durch § 17 d. Gew. Steueredikts v. 1810 und durch §§ 2 ff. der Verordn. v. 24. Okt. 1811 aufgehoben.

[10]) Im folgenden auch ältere Konzessionen od. Konzessionen m. Präsentationsrecht genannt. Der Ausdruck Realkonzession ist irreführend, da hiermit eine rein persönl. Konzession bezeichnet wird, die rechtl. an ein Grundstück nicht gebunden ist. (Klie, Die Ablösung d. Ap.-Besitzrechte u. ihre Folgen, S. 14; Lewinsky, Pharm. Ztg. 1926 Nr. 70).

Wunsch nach ihrer grundlegenden einheitlichen Neugestaltung. Bereits im Mai 1869 war der Bundeskanzler durch eine Resolution des norddeutschen Reichstags zur Vorlegung eines Reichsapotheken-Gesetzentwurfs aufgefordert worden[11]. Mehrfach verdichteten sich die Bemühungen denn auch zu Gesetzentwürfen, so im Jahre 1872, 1877, 1895/96 und 1907. Diese Reformversuche scheiterten indes alle. Auch in der Folgezeit verschwand der Gedanke einer umfassenden einheitlichen Gestaltung der Apothekenbetriebsrechte sowohl in den Einzelstaaten als auch im Reich nicht mehr. Seit 1925 sind die Arbeiten an einem Entwurf wieder aufgenommen gewesen, ebenfalls ohne bis jetzt zu einem Abschluß gelangt zu sein.

Das Bestreben nach einer Neugestaltung bezw. einheitlichen Gestaltung wurde neuerdings wieder besonders angeregt durch die Praxis einiger Länder, den Inhabern älterer Konzessionen die Benennung des Nachfolgers nicht mehr zu gestatten[12], während in anderen Ländern, wie z. B. in Preußen, das Nachfolgerwahlrecht von den Behörden nach wie vor anerkannt und z. B. in Hamburg durch Richterspruch bestätigt wurde. Erneut ist durch diese zwiespältige Behandlung eines wenigstens der Bezeichnung nach gleichen Rechtes die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung durch Reichsgesetz vor Augen getreten[13]. Außer diesem Verlangen nach Rechtseinheit und Rechtssicherheit spielen auch soziale Probleme eine bedeutende Rolle. Erstrebt wird hier in erster Linie, eine frühere Selbständigkeit der angestellten Apotheker zu ermöglichen; bei der heutigen Apothekenzahl können diese im Wege der Erlangung einer Konzession darauf erst im späten Lebensalter hoffen, sofern sie nicht eine verkäufliche Apotheke zu erwerben vermögen. — Zum Zwecke der Abstellung der vorgenannten Mängel ist daher von Seiten der Apotheker selbst im Reichstag der Antrag auf Ausarbeitung eines Reichsapothekengesetzes gestellt worden. Nicht mangelhafte Versorgung des Publikums durch die bestehenden Arzneimittelabgabestellen hat somit die Reform des Apothekenwesens notwendig gemacht, sondern die auf diesem Gebiet bestehende Mannigfaltigkeit der Betriebsformen, Rechtsunsicherheit und soziale Fragen.

Für die Neugestaltung des Apothekenwesens sind verschiedene Möglichkeiten gegeben[14]. Im wesentlichen kommt einmal in Frage die Aufrechterhaltung des derzeitigen Systems, des sogenannten Schutzsystems. Es beruht auf der Auffassung, daß im Interesse einer zuverlässigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung die Wirtschaftlichkeit, d. h. die Lebensfähigkeit einer Apotheke geschützt werden muß; dieser besonderen Be-

---

[11]) Urban, S. 265.

[12]) z. B. Bremen, Mecklenburg-Schwerin und Lippe-Detmold, sowie Freistaat Danzig.

[13]) Die Zuständigkeit des Reiches folgt aus Art. 7 Ziff. 8 der Reichsverfassung.

[14]) Nicht zur Untersuchung steht hier die fachpolitische Frage, ob die verkäufliche od. unverkäufl. Apotheke als Einheitsform od. die Beibehaltung der drei bisherigen Betriebsrechtsformen empfehlenswert erscheint. (Siehe hierüber Prof. Dr. Julius Hirsch: Gutachten über die reichsgesetzl. Regelung d. Ap.-Wesens, Ap.-Ztg. 1930 Nr. 72).

handlung bedürfen die Apotheken, weil wegen der an sie zu stellenden höheren Anforderungen hinsichtlich des Personals und der Waren ihre Existenz gegenüber anderen Gewerben erschwert ist. Dieser Schutz wird erreicht durch das Arzneimittelmonopol, d. h. das Recht auf alleinigen Verkauf von bestimmten Arzneimitteln in den Apotheken, sowie das Konzessionssystem, d. h. die staatliche Überwachung und Regelung der Vermehrung von Apotheken[15]).

Diesem System entgegengesetzt ist das System der Niederlassungsfreiheit[16]). Es gestattet die Anlegung eineu beliebigen Anzahl von Apotheken, für die nur eine Approbation, nicht mehr eine Betriebsberechtigung erforderlich ist. Weiter folgt daraus, daß eine derartige Apotheke ohne weiteres vererbt und veräußert werden kann, da sie nicht anders zu behandeln ist wie auch jedes andere konzessionslose Gewerbe. — Aus dem Gegensatz zu dem Schutzsystem ergibt sich, daß die Gründe, die für das Schutzsystem sprechen, Bedenken gegen die Einführung der Niederlassungsfreiheit erwecken müssen. Insbesondere steht zu befürchten, daß an großen Plätzen eine hemmungslose Konkurrenz sich entfalten wird, während auf dem platten Lande, speziell in ärmeren Landesteilen, Apotheken völlig fehlen werden[17]). Der Gedanke einer unbeschränkten Niederlassungsfreiheit wird daher auch ziemlich weitgehend abgelehnt, obgleich die Einführung der Niederlassungsfreiheit vielen angestellten Apothekern eine frühere Selbständigkeit bringen würde.

Auch der Gedanke einer beschränkten Niederlassungsfreiheit wird vertreten, um die genannten Nachteile einer unbeschränkten Niederlassungsfreiheit zu vermeiden. Die Beschränkung könnte entweder zeitlicher oder örtlicher Natur sein. Bei der zeitlichen Beschränkung dürfte eine Niederlassung erst eine bestimmte Zeit nach der Approbationserlangung erfolgen, bei der örtlichen erst nach einem gewissen Zeitraum seit Errichtung der letzten Apotheke. — Denkbar und möglich ist ferner der Gedanke einer Verbindung von zeitlicher und örtlicher Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. — Zu erwarten steht aber, daß der Gesetzgeber sich einer irgendwie beschränkten Niederlassungsfreiheit erst in letzter Linie zuwenden wird. Praktisch würde sich nämlich die beschränkte Niederlassungsfreiheit wie das Schutzsystem auswirken, gleichzeitig jedoch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Apotheken bringen. Das Bestreben der Länderregierungen geht aber seit Jahrzehnten dahin, den Apothekern Vererblichkeit und Veräußerlichkeit ihrer Apotheken zu nehmen und sich durch das Recht der Bestimmung des Geschäftsnachfolgers einen größeren Einfluß zu sichern.

---

[15]) Das Konzessionssystem besteht außer in Deutschland z. B. in Bulgarien, Dänemark, Finnland, Italien, Jugoslawien, Polen, Norwegen, Schweden, Tschechoslowakei.

[16]) Die Niederlassungsfreiheit ist z. B. eingeführt in Belgien, England Frankreich, Holland, Schweiz sowie in den Vereinigten Staaten.

[17]) Italien, das 1888 die Niederlassungsfreiheit eingeführt hatte, kehrte 1913 wegen der dabei hervorgetretenen Mängel zum Konzessionssystem zurück.

Auch eine Sozialisierung und ebenso eine Kommunalisierung des Apothekenwesens ist teilweise angestrebt worden[18]). Größere Gefolgschaft haben diese Pläne jedoch nicht gefunden; sie sind heute aus den Reformbestrebungen der Apotheker fast völlig ausgeschieden[19]).

Die größte Bedeutung kommt fraglos den Bestrebungen nach Einführung einer reinen Personalkonzession und einer Niederlassungsfreiheit zu. Es soll daher im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit die Einführung der Unverkäuflichkeit der Apotheken oder der Niederlassungsfreiheit für die Inhaber der bestehenden verkäuflichen Apotheken eine Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV. bedeutet. Hierbei mögen zunächst die Apothekenbetriebsrechte des ehemaligen Herzogtums Nassau Berücksichtigung finden.

Erster Hauptteil.

Die nassauischen Apothekenbetriebsrechte.

Kapitel I.

Politischer Umfang und gewerberechtlicher Zustand des Herzogtums Nassau um 1818.

Das politische Gebilde, welches als Herzogtum Nassau im Jahre 1866 mit Preußen vereinigt wurde, stammte mit diesem Gebietsumfang erst aus dem Jahre 1816. — Schon 1803 war Nassau für Gebietsabtretungen auf dem linken Rheinufer mit Teilen von Ländern der aufgehobenen geistlichen Fürstentümer und mediatisierter Reichsunmittelbarer entschädigt worden. Der Beitritt zum Rheinbund, der im Jahre 1806 erfolgte, brachte einen weiteren Gebietszuwachs. Aus den kleineren Staaten Nassau-Oranien, Nassau-Weilburg, Nassau-Usingen und mehreren kleineren Gebietsteilen wurde nunmehr das Herzogtum Nassau geschaffen. Als weiterer Gebietserwerb kam im Jahre 1816 noch die Niedergrafschaft Katzenellenbogen hinzu[20]).

---

18) Das Problem einer Sozialisierung im Heilwesen ist durchaus nicht neu und bereits einmal zu Beginn des 19. Jahrh. gelöst worden, allerdings in anderer Weise, als die heutige weitergehende Auffassung des Begriffes Sozialisierung es in sich begreift. Es war das Herzogtum Nassau, das eine eigenartige, in Deutschland bis heute nicht wiederholte Gestaltung des Heilwesens vorgenommen hatte.

19) Klie, S. 74.

20) Im einzelnen vgl. hierzu v. Rönne, Das Staatsr. der preuß. Monarchie, Bd. 1 § 4 III S. 80 u. Anm. 4 daselbst, sowie Spielmann, Geschichte von Nassau, I. Teil S. 246 und S. 255 ff.

Das Herzogtum Nassau war infolge der von Frankreich herüberdringenden freiheitlichen Gedanken einer der fortschrittlichsten Staaten des jetzigen Deutschlands. U. a. erhielt Nassau am 1. 9. bezw. 2. 9. 1814[21]) seine erste Verfassung, nachdem bereits in den Gewerbesteuer-Edikten vom 10. 2. bezw. 14. 2. 1809[22]) und vom 1. 9. 1812 bezw. 3. 9. 1812[23]) zwei die völlige Gewerbefreiheit vorbereitende Gesetze eingeführt worden waren[24]). Die allgemeine Gewerbefreiheit dagegen kann in Nassau erst als eingeführt gelten mit dem Gesetz vom 15. Mai 1819[25]), das die Aufhebung der Zunftverfassung brachte[26]).

Kapitel II.

Die Apothekenbetriebsrechte.

§ 1. Das Apothekenbetriebsrecht des Nassauischen Medizinal-Edikts.

Eine einheitliche Regelung für die Apotheken in Nassau erfolgte im Rahmen des Medizinal-Edikts vom 14. 3. 1818[27]), das am 1. 4. 1818 in Kraft trat. Entsprechend dem Bestreben, die organischen Einrichtungen der Medizinalverwaltung dem allgemeinen Verwaltungssystem anzugleichen, wurden durch § 1 des Gesetzes sämtliche bisherigen Formen der Medizinalverwaltung aufgehoben und durch neue ersetzt. Von nun an sollte nach § 2 des Edikts jeder Amtsbezirk in der Regel einen Medizinalbezirk bilden, in dem regelmäßig ein Medizinalrat, ein Medizinalassistent und ein Apotheker von Staats wegen anzustellen war. (§ 3 Abs. I a. a. O.)

Ebenso wie die Ärzte, die sich gemeldet hatten und angestellt worden waren[28]), wurden also auch die Apotheker, soweit sie angestellt wurden, Beamte. Ihre Anstellung war jedoch an den Besitz einer Apotheke geknüpft, sodaß nur Apothekenbesitzer Beamte werden konnten[29]). — Ein festes Gehalt bezogen die Apotheker nicht, überhaupt kein „Gehalt“ im üblichen Sinne, sie waren vielmehr auf die Einkünfte aus ihrer Apotheke ange-

---

21) Sammlung d. landesherrlichen Edikte und anderer Verordnungen des Herzogtums Nassau, Bd. 1 S. 3 ff. (Im folgenden Nassauisches Verordnungsblatt genannt.)

22) Nass. Verordn.-Bl. Bd. 1 S. 228 ff.

23) Nass. Verordn.-Bl. Bd. 1 S. 287 ff.

24) Die doppelte Datierung (ihr entsprach eine doppelte Signierung) der Gesetze erklärt sich aus dem Umstand, daß es zwei Landesherren gab, den Herzog von Nassau und den Fürsten von Nassau, die gemeinschaftl. regierten. Sitz der herzogl. Regierung war Wiesbaden, während der Fürst von Nassau von Weilburg aus regierte. 1816 starben beide Landesherren; alleiniger Herrscher wurde nunmehr Herzog Wilhelm von Nassau.

25) Nass. Verordnungs-Bl. Bd. 3 S. 117.

26) Ebenso Spielmann, 2. Teil S. 143.

27) Nass. Verordnungs-Bl. Bd. 3 S. 139 ff.

28) Daneben konnte auch nichtangestellten Aerzten, soweit sie recipiert waren, die Erlaubnis zur Ausübung der Praxis erteilt werden (§ 3 Abs. 4 des Edikts).

29) § 4 Abs. 7 Satz 2 des Edikts.

wiesen[30]). Die Preise waren durch eine halbjährlich neu zu veröffentlichende Gebührenordnung festgelegt (§ 4 Abs. 7 des Edikts).

Hinsichtlich der Form der Betriebsrechte für die Apotheken des Herzogtums Nassau enthält das Edikt von 1818 keine erklärende Vorschrift. Es besagt in § 3 Abs. 6 lediglich „In den Medizinalbezirken, wo nach der Größe der Bevölkerung oder sonstigen besonderen Umständen eine Apotheke das Bedürfnis der Untertanen nicht befriedigen kann, auch da, wo etwa dem Medizinalrat und Medizinalassistenten nicht an einem und demselben Orte ihre Wohnsitze angewiesen sind, behalten Wir uns vor, auf Antrag unserer Landesregierung die Erlaubnis zur Anlage einer weiteren Apotheke oder nach Umständen zur Errichtung einer sogenannten Filialapotheke zu erteilen".

Aus der Bestimmung ist zunächst ersichtlich, daß das Edikt eine Niederlassungsfreiheit nicht einführte; denn mit der Niederlassungsfreiheit, die jedem approbierten Apotheker die Niederlassung gestattet, läßt sich der Vorbehalt nicht vereinen, daß nur der Herzog bezw. das Staatsministerium die Erlaubnis zur Anlegung einer neuen Apotheke nach seinem Ermessen erteilen dürfe. Es galt also auch weiterhin das Konzessionssystem.

Die „Erlaubnis" des Medizinal-Edikts war eine wirkliche Betriebserlaubnis, nicht nur eine Errichtungserlaubnis. Diese Ansicht ist unbestritten und findet eine Bestätigung in der Übung der nassauischen Behörden, eine persönliche Konzession auch von dem Nachfolger eines Apothekeninhabers zu verlangen. Die Konzession wurde nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend und zwar mit der Anstellung als Apotheker verliehen[31]). Dennoch erfolgte der Betrieb ausschließlich auf

---

[30]) Daraus schließt Finkenrath „Sozialismus im Heilwesen" S. 17, daß die Apotheker nicht Beamte gewesen seien. Das widerspricht aber einmal den positiven Bestimmungen der §§ 3 Abs. 1; 4 Abs. 2; 4 Abs. 7; 14 Abs. 3 des Edikts; auch die Bezeichnung „Gebühr" in § 4 Abs. 7 und „Amtsapotheke" in § 19 Abs. 2 weisen auf den Beamtencharakter hin. Ganz unzweideutig stellt aber § 8 Teil III der Dienstinstruktionen für die Medizinalbeamten v. 21. März 1818 (Nass. Verordn.-Bl. 3 S. 148 ff.) die Beamteneigenschaft der Apotheker fest, indem er ihre Verpflichtung ausspricht, „als Staatsdiener Mitaufsicht gegen Gesetzesübertreter und Verbrecher zu führen". — Im übrigen dürfte auch, was Finkenrath vergißt, die Beamteneigenschaft nicht abhängig sein von der Tatsache einer Besoldung (vgl. z. B. Referendare u. Assessoren) od. von der Art d. Besoldung, die ganz oder teilweise auch in Form von Gebühren beansprucht werden kann. — In der Rechtspr. ist die Beamteneigenschaft der nass. Apotheker anerkannt durch die Entsch. OVG. 33,362.

[31]) Nicht notwendig war eine solche Verleihung bei den Inhabern der 1818 vorhandenen Apotheken. „Diesen brauchte deshalb nicht erst in Verbindung mit ihrer Qualifizierung zu Amtsapothekern eine gewerbliche Betriebsberechtigung, die ja kein begriffswesentliches Moment der — an sich lediglich die Beilegung der Beamtenqualität umfassenden — Anstellung bildete, erteilt zu werden, weil sie, und zwar eben auf Grund ihrer früher erworbenene Privilegien, die zur Ausübung des Apothekergewerbes neben der „Anstellung" erforderliche gewerbl. Betriebsberechtigung bereits besaßen. (Pretzell, „Sind die Apotheken-

Grund der Konzession, nicht auf Grund der Beamteneigenschaft der Apotheker. Denn bei dem Übergang Nassaus an Preußen im Jahre 1866 fiel das Amt und damit die Beamteneigenschaft der nassauischen Apotheker als mit der preußischen Behördenorganisation unvereinbar fort[32]). Trotzdem durften damals die nassauischen Apotheker ihr Gewerbe weiter ausüben und zwar ohne daß ihnen neue Konzessionen erteilt wurden. Gestattete man aber den Weiterbetrieb ihrer Apotheken, so konnte die Erlaubnis hierzu nicht auf der weggefallenen Beamteneigenschaft, sondern nur auf der Konzession beruhen[33]).

Die Erlaubnis des Edikts wurde in amtlichen Schreiben[34]) „persönliche Konzession" genannt. Ob dieser Ausdruck in dem Sinne einer Polizeierlaubnis gemeint ist oder in dem Sinne eines persönlichen Privilegs, geht aus dem Gesetze selbst in einer zweifelausschließenden Weise nicht hervor. Erwähnt muß werden, daß die Bezeichnung persönliche Konzession zunächst äußerlich einen gewissen Gegensatz ausdrückt zu den vor 1818 verliehenen Privilegien. Eine sichere Unterlage für die Annahme, daß es sich um eine Konzession im Sinne einer Polizeierlaubnis handele, läßt sich aus diesem äußerlichen Gegensatz jedoch nicht gewinnen. Denn der Ausdruck „Konzession" wurde früher, wie noch zu erörtern sein wird, weitgehend auch zur Bezeichnung von Privilegien angewandt[35]).

Es muß jedoch angenommen werden, daß die Betriebserlaubnis des nassauischen Medizinaledikts eine wahre Berechtigung, ein Apothekenprivileg war. Dafür spricht schon die damalige Gewohnheit, ein Privileg mit dem Ausdruck Konzession zu bezeichnen, ferner die Tatsache, daß gemäß § 3 Abs. 6 des Edikts die Erteilung der Erlaubnis zur Anlegung einer Apotheke lediglich auf das Bedürfnis der Untertanen abgestellt und dem Herzog selbst vorbehalten war, endlich, daß die Gewerbefreiheit bezw. Niederlassungsfreiheit 1818 in Nassau noch nicht völlig eingeführt war bezw. für die nassauischen Apotheken überhaupt nicht galt. Für die Privilegeigenschaft der neuen Betriebserlaubnis spricht aber vor allem der vornehmlichste Zweck des Medizinal-Edikts: durch seine Einführung wurde ebenso wie das gesamte Heilwesen auch das Apothekenwesen in die Hände des Staates übernommen und fortan durch Beamte ausgeübt. Im Interesse der Gesamtheit, vor allem der ärmeren Landsteile, war das Apothekenwesen verstaatlicht. Es war in den Aufgabenkreis des Staates übernommen und damit Tätigkeit des Staates selbst geworden. Der Staat bestimmte, wo und wie diese Tätigkeit ausgeübt werden sollte, und ließ sie durch seine eigenen Beamten verrichten. Die zu dieser Tätigkeit benötigte Erlaubnis war somit die Erlaubnis zu einer an sich dem Staat

---

privilegien im ehem. Herzogt. Nassau durch das Medizinaledikt v. 14. März 1818 aufgehoben worden?" In „Nachr. d. Vereins zur Wahrung der wirtschaftl. Interessen Deutscher Apotheker", Jahrg. 1911 Nr. 6—8).

[32]) Vgl. OVG. Pharm. Ztg. 1900 Nr. 63.

[33]) Ebenso Pretzell, a. a. O.

[34]) Vgl. Bericht der Herzogl. Reg. v. 24. Mai 1836 (Nr. 18019); weitere amtl. Schreiben s. bei A. Pfeiffer „Die Apothekenprivilegien im vorm. Herzogt. Nassau und das Nass. Medizinaledikt v. 14. März 1818", Pharm. Nachr. 1912 Nr. 40.

[35]) (S. unten S. 35).

allein vorbehaltenen Tätigkeit. Eine derartige Erlaubnis aber ist eine wahre Berechtigung, gemeinhin Privileg genannt[36]). Infolgedessen war auch die Betriebserlaubnis des nassauischen Medizinaledikts ein Privileg, d. h. eine Apothekengerechtigkeit. Als selbstverständlich, und aus diesem Grunde ohne jede weitere Ausführung, wird sie daher in der Literatur als Privileg angesehen[37]). Dem steht die amtliche Bezeichnung „persönliche Konzession" wegen ihrer Doppeldeutigkeit nicht entgegen.

Ebenso wie über die Ausgestaltung der Betriebserlaubnis als Privileg oder als gewerbepolizeiliche Konzession schweigt das Edikt auch darüber, ob diese Betriebsberechtigung eine persönliche oder eine vererbliche und veräußerliche Betriebsberechtigung war[38]). Man wird aber annehmen müssen, daß die Betriebsberechtigung des Medizinal-Edikts ein persönliches Privileg war. — Gegen den persönlichen Charakter dieser Betriebsberechtigung spricht zwar scheinbar § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3 des Edikts. Dort heißt es: „Die Anstellung der Apotheker ist mit dem Besitz einer Apotheke notwendig verbunden. Diejenigen also, welche sich künftig um Anstellung als solche melden, müssen sich zugleich über die vorhandenen Bedingungen des zu erlangenden Besitzes einer Apotheke in dem Hauptort des betreffenden Medizinalbezirkes oder welcher andere im besonderen Fall dazu bestimmt werden wird, ausweisen." Danach könnte es scheinen, als ob es sich bei dem Betriebsrecht des Medizinal-Edikts um ein privatrechtlich übertragbares Privileg handele. Diese Folgerung wird denn auch von Hilf[39]) gezogen, der unter „Apotheke" a. a. O. die Apothekenrealien nebst der Betriebsberechtigung versteht. Aber die angezogenen Stellen sprechen nur scheinbar für die Ansicht von Hilf. Denn dort ist zwar die Anstellung als Apotheker von dem Nachweis über die vorhandenen Bedingungen des zu erlangenden Besitzes einer Apotheke abhängig gemacht und demzufolge, wie noch darzulegen sein wird, dem Inhaber einer Apotheke die Wahl des qualifizierten Erwerbers zugestanden. Dennoch ist damit noch nicht unbedingt die Verkäuflichkeit der Apotheke als solcher, d. h. als eines erlaubten Betriebes dargetan[40]). Denn der Ge-

---

[36]) Vgl. hierzu Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, §§ 49 und 50, insbes. § 49 III S. 252.

[37]) Vgl. Adlung, S. 33; Hilf, Gutachten über die Rechtsverhältnisse der nassauischen Apotheker, Rheinischer Kurrier vom 5. 8. 1894; v. Rönne, Staatsrecht, Bd. 4 § 315 S. 249. Vgl. auch v. Gneist, Apotheker-Zeitung 1926 Nr. 49.

[38]) Keinen Aufschluß über den Charakter der Erlaubnis als eines persönlichen oder übertragbaren Betriebsrechts gibt das in § 4 Abs. 7 des Edikts enthaltene sog. Witwen- und Waisenprivileg, ebensowenig das in § 4 Abs. 8 enthaltene Recht, den Verwalter vorzuschlagen. Das Witwen- und Waisenprivileg ist sowohl bei rein persönlichen wie bei übertragbaren sog. verkäuflichen Betriebsrechten zu finden, und auch bei persönl. Betriebsrechten vermag d. Inhaber einen Verwalter zu bestellen, umsomehr ihn daher vorzuschlagen.

[39]) Hilf, a. a. O.

[40]) Es wird im folgenden die Ansicht vertreten, daß die Betriebsberechtigung selbst überhaupt nicht Gegenstand des Privatrechtsverkehres sein kann. (s. unten S. 66 ff.)

setzeswortlaut läßt ebensogut die Auslegung zu, daß der Besitz einer Apotheke im Sinne eines Sachinbegriffes nachzuweisen war.

In diesem Sinne ist unzweifelhaft das Edikt von den amtlichen nassauischen Stellen aufgefaßt worden. Das beweist ein Bescheid der herzogl. Regierung vom 2. Mai 1836[41]), der u. a. folgende Sätze enthält: „Die Witwe H. konnte über die derselben erteilte Konzession zur Fortführung einer Apotheke in Camberg nicht verfügen, da nach dem Inhalt des oben angezogenen Höchsten Edikts sowohl die Anstellung der Amtsapotheker als die Erteilung der Erlaubnis zur Fortführung einer Apotheke in Camberg dem Höchsten Ermessen vorbehalten sind. Die Witwe H. kann nur auf die ihr bewilligte Konzession, die Apotheke während ihren Lebzeiten durch einen verpflichteten Provisor verwalten zu lassen, Verzicht leisten, durch welche Verzichtleistung aber dem Sohne H. die Qualitäten eines selbständigen Apothekers keineswegs übertragen werden können. Die Witwe H. kann ferner das Eigentum der Gebäude, Vasen, Materialien pp. dem Sohne übergeben, dieser kann erst dann als selbständiger Apotheker angesehen werden, wenn er auf die Nachweisung der erfolgten Übergabe die Konzession, die Apotheke seiner Mutter fortführen zu dürfen, Höchsten Ortes erwirkt haben wird." Daraus folgt, daß als Recht dem Inhaber lediglich die Fähigkeit zustand, die Realien zu übereignen. Dem Nachfolger die Apotheke als ein erlaubtes Unternehmen unmittelbar zu übertragen, war ihm rechtlich somit nicht gegeben.

Außer der nach beiden Richtungen hin auslegbaren Vorschrift des § 4 Abs. 7 Satz 3 läßt aber auch das Edikt selbst erkennen, daß es ein persönliches Privileg schaffen wollte. Eine Apotheke mit dem Recht der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit schließt von selbst[42]) das Recht für den Inhaber ein, sie beliebig durch einen Provisor verwalten zu lassen. Bei einer freien Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der unter der Herrschaft des Medizinal-Edikts entstandenen Apotheken wäre mithin die Vorschrift des § 4 Abs. 7 Satz 4 unverständlich, die den zum Dienst nicht mehr fähigen Apothekern zum Ersatz ihrer ediktmäßigen Pension gestattet, zu ihren Lebzeiten den Dienst als Apotheker durch einen von der Landesregierung geprüften und approbierten Apotheker verwalten zu lassen[43]). In allererster Linie spricht aber für den persönlichen Charakter des Privilegs der Sinn des Medizinal-Edikts, das ja eine Verstaatlichung des gesamten Heilwesens eingeführt hatte. Diesem Zwecke einer Durchführung der Verstaatlichung des Heilwesens entspricht am ehesten ein unvererbliches und unveräußerliches Privileg, mithin ein persönliches Betriebsrecht[44]). Denn dieses gewährt dem Staat den meisten Einfluß bei der

[41]) Wiedergegeben bei A. Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 73/74.

[42]) per argumentum a maiori ad minus..

[43]) Dagegen läßt das gleiche den Witwen und Kindern a. a. O. eingeräumte Recht, die Apotheke zu ihren Gunsten verwalten zu lassen, keinen Rückschluß auf die persönliche Natur der Erlaubnis zu. Denn das Witwen- und Waisenprivileg findet sich auch bei vererbl. und veräußerl. Privilegien. (Vgl. z. B. § 4 revidierte Ap. Ordnung v. 1801, bei v. Gneist, Ap.-Gesetze, S. 307).

[44]) Als persönl. Betriebserlaubnis wird die Erlaubnis in sämtlichen Berichten und Bescheiden der herzogl. Regierung angesehen. Vgl. z. B.

Bestimmung des Nachfolgers, weil diesem durch ihn das Betriebsrecht jeweils zu übertragen ist. Aus allem ist der Schluß zu ziehen, daß die Betriebsberechtigung des Edikts ein persönliches Privileg bildete[45]).

Trotzdem durch die Einführung dieses rein persönlichen Betriebsrechtes zunächst ein Einfluß des Inhabers einer Apotheke auf die Bestimmung des Nachfolgers im Betriebe beseitigt schien, war ihm doch vermittels anderer Bestimmungen des Edikts wiederum ein ausschließliches Recht der Bestimmung des Nachfolgers eingeräumt. Voraussetzung der Anstellung als Apotheker war nämlich gemäß § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3 des Edikts der Erwerb einer Apotheke oder zumindest der Nachweis, sie bestimmt erwerben zu können. Da ferner keine Niederlassungsfreiheit herrschte, im Gegenteil an einem Orte regelmäßig nur eine Apotheke bestehen durfte, so waren diejenigen, welche als Apotheker angestellt werden wollten, gezwungen, einen angestellten Apotheker zum Verkauf seiner Apotheke zu bewegen. Da dieser weiter seine Apotheke nicht zu verkaufen brauchte, konnte er sie demjenigen verkaufen, den er selbst als seinen Nachfolger wünschte, ebenso wie er andererseits ihm nicht passende Kauflustige ablehnen konnte. Sofern der Erwerber qualifiziert war, bestand für die Regierung keine Veranlassung, ihm die neue Konzession zu verweigern. Eine solche Veranlassung bestand umsoweniger, als bei Einführung des Medizinaledikts zunächst ein Mangel an Apothekern herrschte, da mit dem Edikt eine Vermehrung der Apotheken verbunden war[46]). Der Wortlaut des § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3 läßt m. E. denn auch keinen Zweifel, daß dem qualifizierten Erwerber einer Apotheke die Anstellung zugesichert sein sollte. Denn ein Vorbehalt, daß der Regierung eine freie Auswahl zustehe, ist nicht gemacht. Bedingung der Anstellung war somit einzig und allein der Nachweis des Petenten, daß er eine Apotheke erwerben könne. — Wirklich ist einem Erwerber oder Erben denn auch stets die Konzession erteilt worden[47]). Den Inhabern der Apotheken, die unter der Herrschaft des Medizinal-Edikts errichtet worden sind, war somit — wenn auch nicht expressis verbis — infolge seiner rechtlichen Bestimmungen das Recht der Wahl des Nachfolgers im Apothekenbetrieb gegeben. Diesem war dann von der Regierung die Konzession zu erteilen. Mit anderen Worten: den Inhabern der Apotheken, die unter dem Medizinal-Edikt entstanden sind, war eine Präsentationsbefugnis zuerkannt. Die Apothekenprivilegien des Medizinal-Edikts konnten daher trotz des persönlichen Charakters der Betriebsberechtigung vererbt und veräußert werden[48]). Wenn auch nicht auf Grund einer ausdrücklichen Regelung, so hat doch nach der hier vertretenen Auffassung durch die sonstigen positiven Be-

---

Bescheid v. 2. Mai 1836 (Nr. 15609); Bericht v. 24. Mai 1836 (Nr. 18019). Weitere Berichte und Verfügungen dieses Inhalts s. bei A. Pfeiffer, a. a. O., Pharm. Nachr. 1912 Nr. 40.

[45]) Ebenso Adlung, S. 33; v. Rönne, 4. Aufl. Bd. 4, § 315 II S. 249.

[46]) Vgl. Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 69/70.

[47]) Vgl. Pfeiffer, a. a. O. S. 69 ff.

[48]) v. Rönne, a. a. O., 4. Aufl. Bd. 4 § 315 S. 249; v. Gneist, Apotheker-Zeitung 1926 Nr. 29; auch Pfeiffer, Pharm. Nachrichten, Nr. 41, hält die Apothekenbetriebsberechtigungen in Nassau für vererbliche und veräußerliche Privatbesitztitel.

stimmungen des Edikts das Recht der Präsentation des Nachfolgers für die nassauischen Privilegien bestanden, wie es 1846 für die preußischen Konzessionen älteren Rechts eingeführt worden ist. Diese Auffassung wird bestätigt durch die dauernde Übung, dem vorgeschlagenen Nachfolger die Konzession zu erteilen. Diese Übung ist in Nassau von Anbeginn an ohne eine einzige bekannte Ausnahme bis zum Ende des Herzogtums beibehalten worden. Von Anbeginn an hat sich die nassauische Regierung daher zu der Auffassung bekannt, daß trotz der persönlichen Natur der neuen Betriebsberechtigungen diesen ein Präsentationsrecht gegeben sei. Derselben Ansicht ist v. Gneist, wenn er sagt, daß es sich bei der Erlaubnis des Medizinal-Edikts um eine nicht bloß persönliche Betriebsberechtigung handele[49]).

§ 2. Die nassauischen Apothekenbetriebsrechte aus der Zeit vor dem Medizinal-Edikt.

Mit der Einführung eines Systems, das grundsätzlich die Inhaber von Apotheken nur mit einer persönlichen, unvererblichen und unveräußerlichen Apothekenberechtigung ausstattete, steht die Aufrechterhaltung von vererblichen und veräußerlichen Privilegien scheinbar nicht recht im Einklang. Daraus entsteht die Frage nach dem Schicksal der bei Einführung des Medizinal-Edikts vorhandenen vererblichen und veräußerlichen privilegierten Apotheken[50]).

Auch auf diese Frage gibt das Edikt wiederum keine Auskunft. Zwar folgt aus der Bestimmung des § 3 Abs. 6, der bei Bedürfnis der Bevölkerung eine bestehende Apotheke regelmäßig nicht als Hindernis für die Errichtung einer weiteren Apotheke ansieht, daß alle Exklusivprivilegien aufgehoben sein sollten. Auch wird man in der Bestimmung des § 4 Abs. 7 Satz 3 des Edikts, nach der die Apotheke grundsätzlich am Hauptort des neugebildeten Medizinalbezirks liegen sollte, eine Schließungsanordnung für die nunmehr außerhalb des Hauptortes liegenden Apotheken erblicken können. Endlich enthält das Edikt eine Schließungsanordnung für überzählige Apotheken, weil nach § 3 Abs. 1 regelmäßig für einen Medizinalbezirk nur ein Apotheker angestellt werden sollte. Aber hinsichtlich der Behandlung der alten Privilegien im übrigen ist keine Bestimmung getroffen.

---

[49]) v. Gneist, Ap.-Ztg. 1926 Nr. 29.

[50]) Es gab sowohl Realprivilegien, d. h. subjektiv dingliche Apothekengerechtigkeiten als auch vererbliche und veräußerliche persönliche Privilegien, ferner Exklusivprivilegien. — Nach Finkenrath, a. a. O. S. 18 gab es damals 12 Konzessionen (wohl rein persönliche Privilegien) und außerdem 16 privilegierte Apotheken; unter letzteren waren jedoch Realprivilegien wenig vertreten. (Vgl. Bericht der herzogl. Reg. v. 17. 2. 1818, auszugsweise mitgeteilt bei Pfeiffer, Pharm. Nachr. 1912 Nr. 40). — Die Annahme, daß 1818 in Nassau nur 28 Apotheken bestanden hätten, ist m. E. nicht zutreffend, da in Weilburg u. Wiesbaden je 2 Apotheken bestanden, ebenso in Ems 2 Sommerapotheken. Es dürften danach allein 30 Vollapotheken bestanden haben. Vgl. A. Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 69 ff.

Von Seiten der herzoglich-nassauischen Regierung[51]) und späterhin auch von Preußen[52]) ist zwar stets die Ansicht vertreten worden, durch das Medizinal-Edikt seien sämtliche bisherigen Betriebsberechtigungen aufgehoben. Das bestimme § 1 Abs. 1 des Edikts, der alle bisherigen Formen der Medizinalverwaltung aufhebe; auch lasse sich eine Aufrechterhaltung der Apothekenprivilegien nicht mit einem System vereinen, das die Apotheker zu Beamten gemacht habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Unterstellt man auch die Gültigkeit des Medizinal-Edikts vom 14. März 1818[53]), so läßt sich doch aus ihm eine Aufhebung der bei seinem Inkrafttreten vorhandenen Privilegien nicht herleiten.

Der § 1 des Edikts, der seiner Wichtigkeit wegen hier wiedergegeben werden soll, lautet:

§ 1. „Mit dem 1. April 1818 sollen alle bisher bestandenen Formen der Medizinal-Verwaltung in Unserm Herzogtum als aufgehoben betrachtet werden.

---

[51]) Vgl. z. B. Bericht der herzogl. Reg. v. 24. 5. 1836. Weitere Berichte und Verfüg. s. bei Pfeiffer, Pharm. Nachr. 1912 Nr. 40.

[52]) Siehe den unter Anm. 1 erwähnten Aufs. Pfeiffer, Ziff. 12, 13, 15, 16. Ferner Gutachten des Justitiars der Königl. Reg. zu Wiesbaden v. 28. 11. 1910 in Sachen „Die Aufhebung der Apotheken-Privilegien im vorm. Herzogt. Nassau durch das nass. Edikt v. 14. März 1818" in Pharm. Nachr. 1912 Nr. 41.

[53]) Das Medizinaledikt ist ohne die nach der Verfassung notwendige Mitwirkung der nass. Ständekammern erlassen. Diese waren gebildet auf Grund von § 2 des erwähnten Edikts vom 1. und 2. Sept. 1814, das Nassau eine konstitutionelle Verfassung gebracht hatte, und berufen, Sicherheit des Eigentums und der persönlichen Freiheit mitwirkend zu gewährleisten. Ohne ihren Rat und ihre Zustimmung sollten gemäß § 2 Ziff. 1 a. a. O. neue, das Eigentum betreffende Landesgesetze nicht eingeführt werden. Soweit aber das Medizinaledikt die Schließung von Apotheken oder das Erlöschen von (Real-, vererblichen und veräußerlichen persönlichen-, sowie Exklusiv)-Privilegien aussprach, dürfte es hierin im Widerspruch zu der genannten Bestimmung das Eigentum betreffende Vorschrift ohne Mitwirkung der Landstände und ohne ausdrückliche Festsetzung einer Entschädigung eingeführt haben. — Dennoch muß m. E. das Medizinaledikt als gültig anerkannt werden.

Was zunächst die Frage der fehlenden Mitwirkung der Landstände anbelangt, so muß bemerkt werden, daß die Landstände nach dem Gesetz vom 1. und 2. September im Frühjahr 1815 erstmals zusammentreten sollten. Die politischen Verhältnisse und die erhöhten Verwaltungsaufgaben, vor allem aber die Schwierigkeiten in der Aufstellung der Wahllisten selbst vereitelten diesen Plan. Erst am 3. März 1818 wurde der Landtag in Wiesbaden eröffnet und am 7. März der Präsident der zweiten Kammer durch den Herzog ernannt (vgl. Sauer, Das Herzogtum Nassau 1813—1820, S. 39). Wie schon unter der Regierung der Vorgänger des Herzogs Wilhelm das Edikt über die Verwaltungsorganisation vom 9. und 11. September und das Steuergesetz vom 9. und 11. Dezember 1815 ohne Mitwirkung der Landstände ergangen war, ohne daß der Regierung wegen der dringenden Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung dieses Recht bestritten wurde

Demzufolge sind die Bezirke sämtlicher Medizinalbeamten, namentlich der Land- und Amts-Ärzte, der Land- und Amts-Chirurgen, der Geburtshelfer usw. ihrer bisherigen Bildung nach von diesem Zeitpunkte an aufgelöst, ferner alle den obengenannten Beamten, sowie dem übrigen Medizinalpersonale früher erteilte Dienst-Instruktionen und die bisher bestandenen Taxordnungen aufgehoben. Desgleichen sollen mit dem genannten Termin alle und jede Besoldungen und Besoldungs-Emolumente des Medizinalpersonals, namentlich auch der Hebammen, nach den bisherigen Bestimmungen, aufhören“.

Hierin wird zwar die Aufhebung aller bisherigen Formen der Medizinalverwaltung und damit auch der bisherigen Verwaltung des Apothekenwesens angeordnet, aber auf die Apothekenbetriebsrechte er-

---

(vgl. Sauer, a. a. O. S. 26), ebenso muß dieses Recht auch gelten für die nachfolgende Zeit, in der das Medizinaledikt erging. Das Land bedurfte dringend einer baldigen Neuregelung des Gesundheitswesens, vor allem lagen die Apothekenverhältnisse auf dem Lande teilweise sehr im Argen. (Vgl. Finkenrath, a. a. O. S. 13; A. Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 69). Eine Mitwirkung der Landstände, die eine erhebliche Verzögerung der Regelung des Medizinalwesens gebracht hätte, mußte daher im Interesse des Landes vermieden werden, war doch der Entw. des Edikts erst am 12. 3. 1818 im Staatsrat angenommen worden, während die Vorarbeiten teilweise bis 1808 zurückgingen (Finkenrath a. a. O. S. 13). So haben denn auch die Landstände selbst, deren Aufgabe es doch am ehesten gewesen wäre, die ihnen durch die Verfassung gegebenen Rechte zu verteidigen, eine Gültigkeit des Medizinaledikts nicht in Abrede gestellt, sondern es ihren das Medizinalwesen betreffenden Verhandlungen zugrunde gelegt und seine Gültigkeit dadurch anerkannt. (Vgl. z. B. die Verhandlungen der nass. Landesdeputierten-Versammlung v. 1831, S. 28, 66, 190, 207 und 282.) Im übrigen waren auch schon von dem Herzog Wilhelm Gesetze ohne Mitwirkung der Landstände erlassen worden (z. B. das Gemeindeges. v. 5. 6. 1816, Nass. Verordn. Bl. Bd. 2 S. 72), obwohl wiederholt Anträge auf Einberufung der Landstände gestellt worden waren, darunter durch den Frhr. v. Stein. (Vgl. Sauer, a. a. O. S. 29 Anm. 3.) Gegenüber den darin enthaltenen Vorwürfen, die wichtigen organisatorischen Gesetze seien ohne die nach der Verfassung von 1814 notwendige Mitwirkung u. Zustimmung der Landstände ergangen, verteidigte sich die Regierung mit der Erklärung, daß die Zustände des aus verschiedensten Gebietsteilen zusammengesetzten Herzogtums so verworren seien, daß eine sofortige Neuorganisation ein unabweisbares und dringliches Bedürfnis gewesen sei; ferner, daß die Landstände zu legislativen Arbeiten noch nicht geschult seien (Sauer, a. a. O., S. 31; Spielmann, a. a. O., S. 294). Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß diese Anträge und Angriffe nicht so sehr dem Wunsche nach Wahrung der Rechte der Ständekammern entsprangen als vielmehr der Feindschaft gegen die Autoren der Gesetze, den Minister v. Marschall und den Präsidenten v. Ibell (Sauer, a. a. O. S. 26 und 27).

Was ferner die Frage entschädigungsloser Entziehung von Eigentum anbelangt, so ist richtig, daß nach der Verfassung das Eigentum in weitgehendem Sinne geschützt war und nur gegen Entschädigung ent-

streckte sich die Aufhebung nach dem Wortlaut nicht. Denn was unter den bisherigen Formen der Medizinalverwaltung zu verstehen war, und nunmehr aufgehoben sein sollte, wird in § 1 Abs. 2 einzeln aufgeführt, wie sich aus dem Verbindungswort „demzufolge" entnehmen läßt. Ersichtlich enthält Abs. 2 eine erschöpfende Aufzählung der aufgehobenen Formen der Medizinalverwaltung, führt aber die wichtigen Apothekenprivilegien als aufgehoben nicht an. — Im übrigen ergibt sich aus dem Inhalt der aufgeführten Änderungen, die räumliche Einteilung, Dienstinstruktionen, Taxordnungen und Besoldungsvorschriften betreffen, daß das Medizinal-Edikt lediglich eine Neuordnung der Verwaltungsorganisation zum Gegenstand hatte. Diese Auffassung wird durch Abs. 1 des § 1 bestätigt, der ausdrücklich von „Formen" der Medizinalverwaltung, also den äußerlichen Einrichtungen spricht. Endlich läßt das Gesetz selbst in seinen Einleitungsworten ganz unzweideutig erkennen, daß es lediglich eine Verwaltungsreform enthält und seine Entstehung der Erwägung verdankt, „daß der Verwaltung der Medizinalpflege in Unserm Herzogtum diejenigen organischen Einrichtungen noch abgehen, welche diesen Zweig mit dem aufgestellten allgemeinen System der Verwaltung in Übereinstimmung setzen....". Somit sind durch § 1 des Medizinal-Edikts alle 1818 bestehenden Betriebsberechtigungen außer den Exklusivprivilegien mangels einer dahin zu verstehenden Bestimmung nicht aufgehoben. Die neue technische Regelung hinsichtlich der Ausübungsmöglichkeit des Apothekengewerbes für die Zukunft bedeutete ohne be-

---

zogen werden durfte (vgl. die hierüber bei Pretzell, Nachrichten . . . 1911 Nr. 7 und 8 aufgeführten einschlägigen Gesetzesbestimmungen). Richtig ist ferner, daß das Medizinaledikt eine Entschädigung in den Fällen, in denen es durch seine Bestimmungen in das Eigentum von Apothekern eingriff, selbst nicht anordnete. Daraus kann seine Ungültigkeit aber nicht abgeleitet werden. Einer Entschädigungsfestsetzung im Medizinaledikt bedurfte es nicht, weil bereits ein eigenes Gesetz darüber bestand (vgl. Edikt v. 25./26. 8. 1812 die Entschädigung wegen weggenommenen Privateigentums betreffend. Nass. VerordnBl. Bd. 1 S. 184). — Eine Entziehung von Eigentum ist übrigens nur in einem Falle erfolgt, nämlich gelegentlich der Schließung der zweiten Apotheke in Herborn. Hier wurde denn auch eine Entschädigung gewährt, indem dem bisherigen Besitzer eine neue Apotheke in Selters zugewiesen wurde (Pfeiffer, Pharm. Nachr. 1912 Nr. 41). Möglicherweise handelte es sich überhaupt um eine Strafmaßnahme, weil die zweite Apotheke in Herborn bereits einmal 1810 wegen ihres mangelhaften Zustandes hatte geschlossen werden müssen. (Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 86).

Begründete Bedenken gegen die Gültigkeit des Medizinaledikts können daher weder aus der fehlenden Mitwirkung der Landstände noch aus dem Gesichtspunkt einer entschädigungslosen Entziehung von Eigentum geltend gemacht werden. (A. A. Pretzell, a. a. O. Heft 7 und 8). Die Gültigkeit des Med. Edikts muß daher anerkannt werden, wie dies denn auch ohne weiteres in der Literatur und Rechtsprechung geschieht. (Vgl. Adlung, S. 34; v. Gneist, Ap.-Ztg. 1926 Nr. 29; Kuhn, Die Rechtsverhältnisse der Apotheker in Preußen, Verwaltungsarchiv Bd. 15 S. 67; OVG. 33,359 ff.).

sondere Vorschrift keine Aufhebung der unter der früheren Regelung erworbenen materiellen Rechte[54]). Pretzell sagt: „Mochte auch die Form, unter welcher seit dem Inkrafttreten des Medizinal-Edikts Apothekenbetriebsberechtigungen verliehen wurden, sich völlig von der früheren, für die Begründung solcher Berechtigungen gebräuchlichen unterscheiden, so darf doch nicht übersehen werden, daß die Form, unter der irgend ein materielles Recht verliehen wird, eben etwas ganz anderes ist, als das unter Beobachtung dieser Form erteilte Recht selbst, welch letzteres soweit in seinem Wesen und seinem Fortbestande durch eine Veränderung seiner Begründungsformen an sich nicht berührt wird[55])".

Danach brachte § 1 nur die Ermächtigung für Änderungen der Organisation. Solche Änderungen der Organisation der Medizinalbehörden und damit der für das Apothekenwesen zuständigen Behörden konnten eintreten z. B. auf dem Gebiet der örtlichen Zusammensetzung, der Zuständigkeit, der Besetzung, der anzuwendenden Verfahrensgrundsätze, ferner auf dem Gebiet der staatlichen Aufsicht und der Zwangsgewalt[56]). Daß es sich bei dem Medizinal-Edikt um eine Neuregelung der Verwaltungsorganisation handelte, beweisen die wegen dieses klar erkannten Zieles getroffenen Maßnahmen: Aufhebung der alten und Errichtung von neuen Medizinalbezirken, die mit den bereits bestehenden Amtsbezirken zusammenfallen (§ 1 Abs. 1 und 2 und § 2); Bestimmung der Zahl und Art der anzustellenden Beamten (§ 3); Regelung der Anstellungs-, Rang-, Besoldungs- und Ausbildungsverhältnisse der Medizinalbeamten (§ 3 Abs. 1 und 6, § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3 und Abs. 8; § 4 Abs. 2; § 4 Abs. 7; § 3 Abs. 5; § 14 Abs. 3 und § 23). Wie für die Medizinalärzte, so wurde auch für die Apotheker ferner eine ganze Anzahl besonderer Berufspflichten geregelt (§ 4 Abs. 7 Satz 3 und Abs. 8; § 8 Abs. 2 u. a. m.[57]), sowie das Aufsichtsrecht und die Zwangsgewalt des Staates festgelegt (§§ 22 und 25).

Wie bereits kurz vermerkt, ist aus § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3, der als Voraussetzung der Anstellung als Apotheker den Nachweis des zu erlangenden Besitzes einer Apotheke verlangt, auf die Aufrechterhaltung der 1818 bestehenden Apothekenprivilegien geschlossen worden. Wenn man dem nach den obigen Ausführungen auch nicht zustimmen kann, weil die Bezeichnung „Apotheke" dieser Bestimmung nicht im Sinne eines Apothekenprivilegs, sondern im Sinne eines mit Apothekerwaren ausgestatteten Verkaufsladens zu verstehen ist, so kann dennoch auch nicht umgekehrt aus dieser Feststellung auf ein Erlöschen der Privilegien geschlossen wereдn, wie dies in dem Gutachten der preußischen Regierung vom 28. 11. 1910 geschieht. Ist schon, wie gesagt, nach der Ausdrucksweise des Gesetzes eine doppelte Deutung denkbar, so folgt auch aus der Tatsache, daß es nach dem Wortlaut des Gesetzes vor der Anstellung der

---

[54]) Vgl. die Aufrechterhaltung der Privilegien in Preußen trotz der durch das Gewerbesteueredikt von 1810 eingeführten Konzessionen.

[55]) Pretzell, Nachrichten . . . 1911 Nr. 6.

[56]) Pretzell, a. a. O.

[57]) Siehe z. B. Beilage zu Nr. 5 des Nass. VerdnBl. v. 21. März 1818 Abt. 3 §§ 1 ff.

Nachweisung des Erwerbes eines Apothekengeschäftes bedarf, nicht, daß es bei den alten Privilegien nur eines Apothekengeschäftes bedarf. Aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen läßt sich daher weder die eine noch die andere Folgerung ausschließlich ziehen[58]).

Eine Aufhebung der 1818 vorhandenen Privilegien läßt sich aber auch nicht aus den Bestimmungen des Witwen- und Waisenrechts nachweisen. Zur Begründung und Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht des Regierungsgutachtens sei lediglich verwiesen auf die in dem Gebiete Altpreußens geschaffene Regelung. Trotzdem in § 4 der revidierten Apothekerordnung von 1801, also einem auch zeitlich mit dem Edikt nicht sehr weit auseinanderfallenden Gesetz ebenfalls ein Witwen- und Waisenprivileg zugestanden ist, wurden die 1801 vorhandenen Privilegien unzweifelhaft nicht berührt. Mögen auch die eine Fürsorge für die Witwen und Waisen enthaltenden Vorschriften des Medizinal-Edikts in enger Anlehnung an die Bestimmungen über das Pensionsrecht der anderen Beamten und ihrer Hinterbliebenen gebildet sein, wie das Regierungsgutachten besagt, so beweist doch speziell die gleiche und bis heute aufrecht erhaltene Regelung bei den preußischen vererblichen und veräußerlichen Privilegien, daß solche Vorschriften nicht unvereinbar sind mit dem Weiterbestehen von privilegierten Gewerbeberechtigungen.

Die Aufrechterhaltung der Privilegien mit Vererblichkeit und Veräußerlichkeit steht auch nicht in unvereinbarem Gegensatz mit der durch das Edikt begründeten Beamteneigenschaft der Apotheker. Wäre das selbst der Fall, so dürfte daraus doch nicht auf eine Aufhebung der bestehenden Betriebsberechtigungen geschlossen werden; solange sie nicht durch eine positive Vorschrift aufgehoben sind, muß ihr Fortbestehen angenommen werden. Im Gegenteil muß aber gerade aus der Tatsache einer fehlenden aufhebenden Bestimmung geschlossen werden, daß das Edikt sie aufrecht erhalten wollte. Die Materie war wichtig genug, im Falle einer gewollten Abänderung der bestehenden Verhältnisse auch hier durch eine Sondervorschrift geregelt zu werden, zumal das Edikt sonst überall eingehende Vorschriften hinsichtlich der behandelten Gebiete aufweist. Bestand also ein Widerspruch, so war er sicherlich nicht unbekannt. Darüber hinaus wird man aber auch einen unvereinbaren Gegensatz zwischen den bestehenden vererblichen und veräußerlichen Privilegien und dem Beamtencharakter verneinen müssen.

Beamteneigenschaft und Betriebsberechtigung schließen sich nicht notwendig gegenseitig aus. Das zeigt sich heute in dem Beispiel der Lotsen, und die Geschichte beweist es für die Apotheker: obgleich letztere ihr Gewerbe stets nur auf Grund einer obrigkeitlichen Erlaubnis ausüben konnten, daher eine Betriebsberechtigung besitzen mußten, waren sie z. B. an den Höfen und in den Städten Beamte[59]). Es ist auch nicht einzusehen, warum die sich aus dem Besitz eines Privilegs ergebenden privatrechtlichen Befugnisse mit dem Beamtencharakter unvereinbar sein sollten; denn durch die Einreihung der Apotheker in die Beamtenklasse wurden doch lediglich ihre persönlichen Verhältnisse und die

---

[58]) Ebenso Pretzell, a. a. O.

[59]) Berendes, S. 88 und 93; Lewinsky S. 11; Radeke S. 18.

Rechtsbeziehungen zum Staate infolge der Beilegung gewisser öffentlich-rechtlicher Funktionen berührt, nicht aber ihre privatrechtlichen Rechtsverhältnisse[60]). Bereits oben ist ja schon darauf hingewiesen, daß auch der spätere Wegfall der Beamteneigenschaft die Apotheker nicht hinderte, ihr Gewerbe fortzusetzen; notwendig blieb also neben der neu erworbenen Beamteneigenschaft der Charakter des Gewerbetreibenden erhalten.

Die Gegensätzlichkeit dürfte hauptsächlich darin erblickt werden, daß das wesentliche Recht eines Privilegieninhabers, das darin besteht, den Nachfolger zu bestimmen[61]), mit der unzweifelhaft bestehenden Eigenschaft eines Apothekers als eines Beamten nicht vereinbar erscheint. Aber es ist bei der Beurteilung dieser Frage die ganz eigenartige Ausbildung der Stellung des Apothekers im Medizinal-Edikt zu berücksichtigen. Beamter wurde ein Apotheker erst durch den besonderen Akt der Anstellung, nicht schon durch den Nachweis, daß er eine Apotheke erworben habe oder erwerben könne. Es bestand also kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Erwerb einer (privilegierten) Apotheke und der Beamteneigenschaft. Der Erwerb einer Apotheke bezw. die Möglichkeit eines Erwerbes war nur Voraussetzung der Anstellung als Apotheker und somit des Erwerbs der Beamteneigenschaft. — Im übrigen gab, wie im vorigen ausgeführt wurde, das Edikt auch selbst dem Inhaber einer unter seiner Herrschaft angelegten Apotheke das Recht, den Nachfolger und damit den Nachfolger sogar im Amt zu bestimmen. Gestattete aber sogar das Medizinal-Edikt eine Einflußnahme des Inhabers eines Amtes auf die Wahl des Nachfolgers, dann bildet die Beamteneigenschaft des Apothekers und seine Fähigkeit, die Wahl des Nachfolgers vorzunehmen, keinen unvereinbaren Zustand. Es bestand daher für das Edikt kein Grund, die vererblichen und veräußerlichen Privilegien aufzuheben, deren wesentliche Befugnis ebenfalls darin besteht, den Nachfolger zu bestimmen. Es bedingt auch keinen Unterschied, daß den Inhabern der neuen Apotheken nicht ausdrücklich das Recht der Bestimmung des Nachfolgers eingeräumt war. Denn läßt das Gesetz auch nur die Möglichkeit einer solchen Einflußnahme zu, so folgt daraus, daß eine solche jedenfalls dem System des Gesetzes nicht widerspricht. — Hervorgehoben sei noch, daß für die Aufrechterhaltung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der 1818 vorhandenen Privilegien der Umstand spricht, daß eine Entschädigung für die angeblich aufgehobenen Privilegien nicht gezahlt worden ist. Eine derartige Entschädigung wäre aber bei einer Entziehung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit nach dem oben erwähnten Entschädigungsgesetz erforderlich gewesen und auch wohl gewährt worden.

Die Frage nach dem Schicksal der 1818 bestehenden vererblichen und veräußerlichen Privilegien führt in ihrer Beantwortung somit zu dem Ergebnis, daß sie durch das Medizinal-Edikt weder ausdrücklich aufgehoben sind, noch etwa aus dem Grunde stillschweigend als aufgehoben betrachtet werden müssen, weil sie dem System des Gesetzes widersprochen hätten. Sie sind vielmehr neben den durch das Edikt eingeführten persönlichen

[60]) So Pretzell, Nachrichten . . . Nr. 7.
[61]) Siehe unten S. 78.

Privilegien aufrecht erhalten[62]). In der Praxis hat denn auch die herzogliche Regierung von ihrer in der Theorie vertretenen Ansicht, daß durch das Edikt die alten Apothekenbetriebsrechte aufgehoben seien, keinen Gebrauch gemacht. Sie hat in keinem Falle eine z. B. durch die Verwaltungsreform überzählig gewordene Apotheke gegen den Willen ihres Inhabers geschlossen. Vielmehr ist den Inhabern solcher Apotheken zur Vermeidung von Entschädigungsansprüchen der Weiterbetrieb stets gestattet worden. Keine dieser Apotheken ist auch nach dem Tode des Inhabers eingegangen, sondern sie sind stets weiterverkauft worden[63]). Ebenso wurde natürlich das Nachfolgerbestimmungsrecht der nicht überzählig gewordenen Apotheken anerkannt und dem vorgeschlagenen Apotheker die Konzession erteilt.

§ 3. Die Behandlung der nassauischen Betriebsrechte bei dem Übergang Nassaus an Preußen.

Infolge der preußisch-österreichischen Auseinandersetzung von 1866, bei der Nassau auf Seiten Österreichs stand, wurde neben anderen Gebieten auch Nassau dem preußischen Staate einverleibt. Eine Aufhebung des nassauischen Medizinaledikts von 1818 erfolgte aber nicht. Zwar war der preußische Minister der geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten durch die Allerhöchste Verordnung vom 13. Mai 1867[64]) für den Umfang der durch die Gesetze vom 20. September 1866[65]) und 24. Dezember 1866[66]) mit der Monarchie vereinigten Landesteile ermächtigt worden, „über die Bedingungen für die Anlegung und den Geschäftsbetrieb, sowie die Visitation der Apotheken in demselben Maße Verfügung zu treffen, wie ihm solches in den älteren Landesteilen der Monarchie ressortmäßig zukommt". Durch diese Ermächtigung waren die bestehenden Gesetze aber nicht schon von selbst außer Kraft gesetzt, es war vielmehr dem Minister nur die Macht verliehen, die in den erworbenen Gebieten geltenden Vorschriften außer Kraft zu setzen. Von seiner Befugnis hat der Minister jedoch bis zum Ende der Diktaturperiode, d. h. bis zur Einführung der preuß. Verfassung vom 31. Januar 1850 am 1. Oktober 1867[67]) für das Gebiet des Herzogtums Nassau keinen Gebrauch gemacht. Wohl erging am 17. Septbr. 1867[68]) eine Allgemeinverfügung für den Regierungsbezirk Wiesbaden; Änderungen der Bestimmungen hinsichtlich der Apothekenbetriebsrechte brachte sie jedoch nicht. Auch späterhin sind die das Apothekenwesen betreffenden Gesetze der 1866 Preußen einverleibten Staaten

---

[62]) Ebenso Hilf, Gutachten, a. a. O.; Pretzell, a. a. O. Nachrichten . . . 1911 Nr. 6 und 7.

[63]) Vgl. z. B. die Behandlung der Apotheke in Camberg (Pfeiffer, Nass. Annalen, Bd. 44 S. 73).

[64]) Ges. S. S. 667. — Nach Entsch. des OVG. v. 6. Juli 1894 (Preuß. Verw.Bl. Jahrg. 16 S. 435) und 23. Dez. 1895 (OVG. 29,129) war der Minister während der Diktaturperiode auf Grund dieser Verordnung befugt, durch seine Verfügungen selbst Gesetze aufzuheben.

[65]) Ges.S. S. 555.

[66]) Ges.S. S. 875.

[67]) Eingeführt durch § 2 d. Ges. v. 20. Sept. 1866.

[68]) Min. Bl. f. d. innere Verwaltung, S. 307.

durch Gesetze nicht aufgehoben worden[69]). Infolgedessen sind dort die landesgesetzlichen Vorschriften überall noch in Kraft, während die preußische revidierte Apothekerordnung von 1801 und das preuß. Gewerbesteuer-Edikt von 1810 dort nicht zur Einführung gelangten[70]). Demzufolge hat das Medizinal-Edikt von 1818 für das Gebiet des ehemaligen Herzogtums Nassau heute noch Gültigkeit. — Damit ergibt sich folgende Rechtslage: Die materiellrechtlichen Bestimmungen des Medizinal-Edikts gelten fort; dagegen finden die formellen Bestimmungen der preußischen Gesetze hinsichtlich des Konzessionsverfahrens Anwendung, weil die Behördenorganisation Nassaus mit der Einführung der preußischen Behörden fortgefallen ist.

In Verkennung der Rechtslage hinsichtlich der materiellen Bestimmungen haben die preuß. Behörden seit der Einverleibung Nassaus die in den altländischen Provinzen geltenden Bestimmungen auf die Apotheken in den neuerworbenen Gebieten, darunter in Nassau, zur Anwendung gebracht. Dies geschah in der irrigen Annahme, daß sie im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltung in ganz Preußen durch die Königl. Verordn. vom 13. Mai 1867 dazu ermächtigt seien. Und da sie entsprechend der Auffassung der Regierung des früheren Herzogtums Nassau der Ansicht waren, daß alle Apotheken dieses Gebietes nur auf Grund einer persönlichen Betriebsberechtigung betrieben würden, haben sie bis heute die Betriebsberechtigungen sämtlicher Apotheken, die bis 1866 in Nassau bestanden, wie die damaligen preußischen persönlichen Konzessionen, also wie die Realkonzessionen behandelt.

Läßt man selbst außeracht, daß für das Gebiet des ehemaligen Herzogtums Nassau das Medizinal-Edikt auch heute formell noch nicht aufgehoben und die preuß. Kabinettsorder vom 5. Okt. 1846[71]) bezw. der auf ihr beruhende Ministerialerlaß vom 21. Okt. 1846 noch nicht eingeführt ist, so kann nach den obigen Ausführungen das Verfahren nicht als zulässig angesehen werden, die nassauischen Apothekenbetriebsrechte *sämtlich* wie Realkonzessionen zu behandeln. — Ein solches Verfahren wird man zwar als gerechtfertigt bezeichnen können hinsichtlich der Betriebsberechtigungen derjenigen nassauischen Apotheken, die unter der Herrschaft des Medizinal-Edikts verliehen worden sind. Weil die Privilegien des Medizinal-Edikts ebenso wie die preuß. Realkonzessionen einmal Betriebsberechtigungen sind, die jeweils nur an den Berechtigten für seine Person erteilt wurden, andererseits sowohl das persönliche Privileg des Medizinal-Edikts nach der Bestimmung des § 4 Abs. 7 Satz 2 und 3 wie auch die preußischen

---

69) Vom 1. Okt. 1867 an bedurfte es gem. Art. 62 d. preuß. Verf. Urkunde zur Abänderung od. Aufhebung bestehender Landesges. eines Gesetzes. Vgl. OVG. 33,364.

70) Adlung, S. 34; v. Gneist, Ap.-Ges., S. 543,544; Kuhn, a. a. O. S. 67; Urban, Ap.-Ges., S. 266 Anm. 2; OVG. 33,359 ff. — A. A. Nelken, Das Gewerberecht, § 4 S. 74 Anm. 47. Nach ihm ist die revidierte Ap.-Ordnung durch die Kgl. Verordn. v. 13. 5. 1867 in ganz Preußen außer in der Rheinprov. eingeführt. Ebenso ist a. A. v. Rönne, Staatsrecht (4. Aufl.) Bd. 4 § 315 I S. 246. Dort ist ausgeführt, daß das preuß. Ap.-Konzessionsverfahren usw. f. d. Gesamtumfang d. preuß. Monarchie Geltung habe.

71) Siehe unten S. 39 ff.

älteren Konzessionen gemäß der Kabinettsorder vom 5. Okt. 1846 die Wahl des Nachfolgers ermöglichten, war zur Zeit der Vereinigung Nassaus mit Preußen die Rechtslage hinsichtlich der Behandlung der beiden Formen von persönlichen Betriebsberechtigungen in diesen Ländern gleich; wenn daher von der ohne weiteres gegebenen Möglichkeit, das Konzessionswesen in Nassau an das in Preußen bestehende anzugleichen, nach herrschender Ansicht auch nicht Gebrauch gemacht worden und die genannte Kab.-Order von 1846 formell in Nassau niemals eingeführt worden ist, so bedurfte es dessen auch nicht, weil schon von den Behörden des Herzogtums Nassau die persönlichen Betriebsberechtigungen des Medizinal-Edikts als mit dem Präsentationsrecht versehen behandelt worden waren, sodaß das Verfahren der preußischen Behörden demgegenüber eine abweichende Behandlung nicht darstellt. Wegen der weitgehenden Übereinstimmung der älteren preuß. Konzessionen und der Betriebsberechtigungen des Medizinal-Edikts war damit die Grundlage gegeben, im Wege der Verwaltungsübung bezw. gewohnheitsrechtlich[72]) mit den nassauischen Betriebsberechtigungen der genannten Art ebenso zu verfahren wie mit den Realkonzessionen, sofern man nicht überhaupt mit v. Rönne und Nelken[73]) der Auffassung ist, daß das preuß. Apothekenkonzessionsverfahren im Jahre 1867 auch in Nassau eingeführt worden ist. — Nicht zu halten ist aber das Verfahren, die 1818 in Nassau vorhandenen vererblichen und veräußerlichen Privilegien der gleichen Behandlung zu unterwerfen. Denn im Gegensatz zu der Auffassung der nassauischen und der preuß. Regierung dürfte oben als richtig die Ansicht nachgewiesen sein, daß die bei Einführung des Medizinal-Edikts vorhandenen nicht rein persönlichen Privilegien durch dasselbe nicht aufgehoben sind.

Durch das preußische Besitznahmepatent vom 3. Oktober 1866[74]) wurde den Untertanen der neugewonnenen Landesteile der Schutz wohlerworbener Privatrechte zugesichert. Soweit also vererbliche und veräußerliche Privilegien bestanden, wurden sie aufrecht erhalten. Aufrechterhalten und anerkannt wurde durch das Patent andererseits aber auch das Recht der Inhaber der unter der Herrschaft des Medizinal-Edikts angelegten Apotheken, ihre Apotheke an einen von ihnen gewählten Erwerber zu verkaufen, dem dann die Konzession von der Regierung zu erteilen war. Nicht nur durch das aufrecht erhaltene Medizinal-Edikt, sondern auch durch das Besitznahmepatent sind somit die Rechte der Inhaber der nassauischen Apotheken garantiert[75]). Bei einer kommenden Apothekenreform werden diese Rechte daher berücksichtigt werden müssen, gleichgültig, ob diese Reform von Preußen oder dem Reich in Angriff genommen wird.

Ob und inwieweit die Überführung der nassauischen Betriebsrechte des Medizinal-Edikts in unverkäufliche Apotheken oder die Einführung der Niederlassungsfreiheit für die Inhaber eine Aufhebung oder Beeinträchtigung dieser Rechte im Gefolge hat und ob und inwieweit ihnen

---

[72]) Siehe unten S. 50 ff.

[73]) Vgl. Anm. 70.

[74]) Ges.S. S. 597.

[75]) Ueber die Eigenschaft des Präsentationsrechtes als eines subjektiven privaten Vermögensrechtes vgl. unten S. 61 ff.

deshalb ein Entschädigungsanspruch im Hinblick auf Art. 153 Abs. 2 R. V. zusteht, soll in den nachfolgenden Ausführungen untersucht werden. Denn die Gleichbehandlung der Apothekenbetriebsrechte des ehemaligen Herzogtums Nassau mit den Konzessionen, wie sie sich in Preußen bis zum 30. Juni 1894 entwickelt hatten, läßt die Frage der vorliegenden Arbeit nunmehr über das Gebiet des ehemaligen Herzogtums Nassau hinaus allgemeiner und endgültig dahin stellen:

> Würde die Umwandlung der preußischen Realkonzessionen in unverkäufliche Apotheken oder die Einführung der Niederlassungsfreiheit eine Enteignung der Inhaber dieser Betriebsberechtigungen im Sinne des Art. 153 Abs. 2 RV. bedeuten?

Zweiter Hauptteil.

Die Realkonzessionen als Eigentum im Sinne von Art. 153 R.V.

Kapitel I.

Der Begriff des Eigentums im Sinne von Art. 153 R.V.

Eine Enteignung setzt nach dem Sinne des Wortes eine Entziehung von Eigentum voraus[76]). Danach scheint es zunächst, als ob dem Art. 153 Abs. 2 R.V. keine große Bedeutung zukomme, weil das Eigentum, wie es das geltende bürgerliche Recht versteht, nur einen geringen Teil der Befugnisse umfaßt, die einer Person zustehen können. Aber der heutige Begriff des Eigentums in Art. 153 R.V. geht nach der herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung weit über den Begriff des Eigentums hinaus, das die früheren Verfassungen der Einzelstaaten gewährleisteten, und er umfaßt weit mehr als der Eigentumsbegriff des B.G.B.[77]). Richtiger Ansicht zufolge bedeutet Abs. 2 des Artikels 153 R.V. nicht nur eine Garantie des Eigentums im Sinne des B.G.B., sondern darüber hinaus allgemein eine solche der privaten Vermögensrechte in ihrer Gesamtheit. Es wird nicht nur das „Eigentum", sondern die Sphäre der Individualrechte schlechthin gegen staatliche Eingriffe sichergestellt, wobei allerdings nach herrschender Meinung der Schutz auf den Kreis der Privat-

[76]) Die Bestimmungen des Abs. 1 und des Abs. 2 von Art. 153 RV. hängen organisch zusammen. Der Eigentumsbegriff in Abs. 2 ist daher der gleiche wie in Abs. 1.

[77]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 153 Anm. 2; Arndt, Reichsverfassung, Art. 153 Anm. 1; Bühler, Die Reichsverfassung, Art. 153 Ziff. 1; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, § 18 I, 1 S. 292; Giese, Die Verfassung d. Deutschen Reiches, Art. 153 Anm. 1; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 387 ff. und S. 319 ff.; Krückmann, Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung, S. 7; Poetzsch-Heffter, Handkomm. d. Reichsverf., Art. 153 Anm. 2; Triepel, Goldbilanzen und Vorzugsaktien, S. 16; Wolff, Reichsverf. und Eigentum, S. 3 RG. 107,375; 109,315; 111,320 ff.; 129,248. — A. A. Gebhard, Die Verf. d. Deutschen Reiches, Art. 153 Anm. 2 und 4b; Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten d. Deutschen, S. 35 ff.; Koettgen, Grundprobleme d. Wasserrechts, S. 79 ff.; Schelcher, b. Nipperdey, Die Grundr. und Grundpflichten d. Reichsverf., Art. 153 S. 206 Schelcher, Eigentum und Enteignung nach der Reichsverf., Fischers Zeitschr. Bd. 60 S. 139 ff.; Schmitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, JW. 1929, 479. Letztere lassen als Eigentum nur die absoluten Privatrechte gelten.

rechte beschränkt ist[78]. Triepel sagt: „Enteignung nach Art. 153 ist also Entziehung oder Beschränkung nicht bloß von unbeweglichem Eigentum, sondern auch von anderen privaten Rechten, seien es Sachenrechte, Forderungsrechte, Aktienrechte, Urheber- und Erfinderrechte oder irgend etwas anderes“[79]. Ähnlich faßt M. Wolff den Begriff des Eigentums; er rechnet dazu „die bestehenden und neu entstehenden konkreten Privatrechte jedes einzelnen Rechtssubjekts“[80]. Nach Fleiner erstreckt sich die verfassungsmäßige Gewährleistung nicht bloß auf das Eigentum des Bürgers, sondern über alle seine vermögenswerten Rechte[81]. Nicht weniger weit bestimmt Arndt[82] den Begriff des Eigentums in Art. 153 R.V. mit dem Satz: „Eigentum ist mithin jedes individuell bestimmte, einem Einzelnen als solchem einmalig zustehendes Sonderrecht, mag es bürgerlich-rechtlicher Natur sein, wie etwa die ausnahmslos hierher gehörigen privaten Vermögensrechte, oder öffentlichrechtlichen Charakters, wie die einer Person als solcher kraft besonderen Titels zustehenden Privilegien“. — Die Auffassung vom „Eigentum“ in Art. 153 R.V. kommt ihrem Inhalt nach somit weit eher dem Eigentumsbegriff der älteren preußischen Gesetze nahe, z. B. dem des A.L.R., das ein Eigentum sowohl an Sachen als auch an Rechten anerkannte. Mag auch im einzelnen der Eigentumsbegriff nicht überall übereinstimmen, sicher ist jedenfalls, daß nach herrschender Meinung darunter fallen „alle subjektiven vermögenswerten Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte“[83]. — Auch die Apothekenkonzessionen mit Präsentationsrecht werden danach von der Eigentumsgarantie des Art. 153 Abs. 2 R.V. umfaßt, wenn sie als subjektive private Vermögensrechte angesehen werden können. Bedenken ergeben sich daraus, daß die Realkonzessionen dem Gewerberecht, also öffentlichrechtlichem Boden entstammen.

Kapitel II.

Die Realkonzession als subjektives privates Vermögensrecht.

Abschnitt 1: Die Realkonzession und die Rechtsordnung.

Soll die Realkonzession als subjektives Recht anerkannt werden, so bedarf es zunächst einer Untersuchung, ob sie in der geltenden Rechtsordnung eine Grundlage findet. Denn die subjektiven Rechte entstehen

---

[78]) Anschütz, a. a. O. Anm. 2; Giese, a. a. O. Anm. 1; Poetzsch-Heffter, a. a. O. Anm 3; Triepel, a. a. O.; Wolff, a. a. O. S. 23; RG. 129,250. — A. A. Fleiner, § 18 I, 1 S. 293, der auch öffentl. Rechte unter den Eigentumsbegriff des Art. 153 rechnet. — Die Streitfrage ist hier nicht bedeutsam, da die Realkonzession bezw. das Präsentationsrecht ein privates Vermögensrecht ist, wie sich aus den späteren Ausführungen ergeben wird.

[79]) Triepel, a. a. O. S. 16.

[80]) M. Wolff, a. a. O. S. 5.

[81]) Fleiner, a. a. O. S. 292.

[82]) Arndt, a. a. O. Anm. 1 S. 384.

[83]) Vgl. RG. 109, 319.

aus Rechtsverhältnissen, d. h. aus den von der Rechtsordnung anerkannten und geregelten Lebensverhältnissen[84]) Subjektives Recht und objektives Recht sind also Korrelatbegriffe[85]). Als subjektives Recht kann die Realkonzession daher nicht angesehen werden, wenn sie, wie teilweise behauptet wird, nur auf Verwaltungsbrauch beruht, der jederzeit wieder aufgegeben werden kann. — Subjektive Rechte können sich entwickeln auf Grund von Spezialnormen oder auf Grund allgemeiner Rechtssätze. Es soll daher im folgenden die Frage geprüft werden, ob das „Realkonzession" genannte Gebilde des Apothekenrechts auf Grund einer speziellen Vorschrift der Gesetzgebung oder Gewohnheitsrechts oder etwa des allgemeinen Rechtsinstitutes der Ersitzung entstanden sein kann.

§ 1. Realkonzession und Gesetzgebung.

In erster Linie ist im objektiven Recht die Gesetzgebung berufen, eine Konzession mit Präsentationsrecht auszubilden. Im Hinblick darauf bedarf es zunächst einer Untersuchung, ob die preußische Gewerbegesetzgebung eine Konzession mit Präsentationsrecht kennt.

A.) Die Auslegung der Gesetzgebung nach der herrschenden Meinung.

Bis zum Erlaß des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810[86]) gab es in Preußen nur Apothekenbetriebsberechtigungen mit dem Charakter des Privilegs. Zwar waren bis zu dem genannten Zeitpunkt auch schon andere „Konzession" benannte Betriebsrechte vergeben worden; ein rechtlicher Unterschied zwischen Privileg und Konzession bestand jedoch in keiner Weise[87]). Das ALR., dem beide schon bekannt waren, stellt in § 463 II, 8 die Konzession dem Privileg gleich, und die revidierte Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801[88]) kennt in den §§ 1, 2, 4, 6 und 7 demzufolge ausschließlich ein „Privilegium". Hingegen spricht die Kabinettsorder vom 12. Dezember 1809[89]) wieder nur von „Konzessionen" der Apotheker[90]). Aber ein Unterschied bestand, wie gesagt, überhaupt nicht[91]).

Das Gewerbesteuer-Edikt von 1810 brachte eine grundsätzliche Neuregelung der Gewerbeverhältnisse; es führte die Gewerbefreiheit ein.

---

[84]) Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, Kap. IV, S. 41 f.

[85]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 27 II, 1 S. 252.

[86]) Ges.S. S. 79.

[87]) Ebenso Hamburger, S. 8.

[88]) v. Gneist, Ap.-Ges., S. 306 ff.

[89]) Pistor, Das Ap.-Wesen, S. 23.

[90]) Vgl. auch Preuß. allgemeines Gewerbesteueredikt v. 1810, § 1: „. . . Der Besitz einer K o n z e s s i o n befreit nicht von dieser Verbindlichkeit" (zur Lösung eines Gewerbescheins).

[91]) Schlayer, Zeitschrift für Zivilprozeß, n. F. Bd. 2 S. 60: „Eine besondere Art der Affirmationen und Privilegien sind die Konzessionen. Mit diesem Wort könnte man alle Privilegien bezeichnen, allein der neue Sprachgebrauch hat sich dahin entschieden, darunter solche Privilegien zu verstehen, welche sich auf den fortdauernden Betrieb eines Gewerbes beziehen."

Für die Apotheken galt die Gewerbefreiheit jedoch nicht, wenngleich das Gewerbesteuer-Edikt auch eine wesentliche Änderung für die Apotheken im Gefolge hatte. Es unterband die Verleihung neuer Apothekenprivilegien; zur Neuerrichtung von Apotheken bedurfte es fortab einer persönlichen Konzession (§§ 7, 16, 17 und 21 des Gesetzes[92]). Eine Änderung der Apothekenbetriebsverhältnisse im Sinne eines Wegfalles der Notwendigkeit eines Betriebsrechtes wurde damit aber nicht eingeführt: vielmehr hatte die Kabinettsorder vom 12. Dezember 1809 noch Gültigkeit, die eine Bestätigung der Konzessionen durch das Ministerium vorschrieb, damit also nach wie vor ein Betriebsrecht voraussetzte[93]). Der von Adlung[94]) erwähnte Fall der Errichtung einer Apotheke in der Stralauerstraße in Berlin besagt für das Gegenteil nichts: denn die Erlaubnis zur Errichtung dieser Apotheke wurde nur auf ausdrückliche Anweisung des Königs erteilt. Und der weitere von Adlung erwähnte Bericht des damaligen Sachbearbeiters, des Geheimen Staatsrats Sack an den Staatskanzler von Hardenberg vom 18. Mai 1811 läßt erkennen, daß die Regierung nicht der Ansicht war, es bestehe im Apothekengewerbe Niederlassungsfreiheit[95]). — Betrachtet man weiter das darauffolgende Gesetz vom 7. September 1811, so findet die Auffassung Sacks eine Bestätigung. Zur Übernahme einer Apotheke genügten nach dem neuen Gesetz die bisherigen Voraussetzungen. Hätte Niederlassungsfreiheit bestanden, so hätte doch mangels gesetzlicher Unterlagen niemals von dem Erwerber einer bestehenden Apotheke eine persönliche Betriebserlaubnis gefordert werden dürfen. Auch die Aufrechterhaltung der früheren Privilegien spricht gegen die Einführung der Niederlassungsfreiheit. Die preußische Regierung hat denn auch stets den Standpunkt eingenommen, daß es zu aller Zeit zum Betriebe einer Apotheke einer besonderen Konzession bedurfte[96]). Diese Konzession konnte durch das die Gewerbefreiheit bringende Gewerbesteuer-Edikt selbst nicht eingeführt sein; der in diesem Gesetz genannte Gewerbeschein ist kein Betriebsrecht, denn alle Gewerbe bedurften seiner. Auch galt er stets nur auf ein Jahr: die Betriebsberechtigung dagegen war stets eine dauernde. Das Erfordernis der Betriebserlaubnis mußte also auf Bestimmungen außerhalb des Gewerbesteuer-Edikts beruhen; als solche kommen jedoch nur die revidierte Apothekerordnung von 1801 und die genannte Kabinettsorder von 1809 in Betracht[97]).

Feststehen dürfte, daß beabsichtigt war, durch das Gewerbesteuer-Edikt eine persönliche Betriebsberechtigung einzuführen, deren Weiter-

---

[92]) Bitter, Handwörterb. der preußischen Verwaltung, Titel „Apotheken“; v. Gneist, Apotheken-Gesetze S. 307.

[93]) Vgl. Adlung, S. 22; Lewinsky, S. 39. Vgl. auch Hamburger, S. 35 und 107, sowie v. Rönne, Das Medizinalwesen (1844) Bd. I S. 629.

[94]) Adlung, Vorgeschichte der preuß. Kab. Order wegen Anlegung neuer Apotheken v. 24. Okt. 1811, Pharm. Ztg. 1927 Nr. 103 (S. 1644).

[95]) Einen anderen Standpunkt vertrat allerdings daraufhin der Staatskanzler selbst.

[96]) Evers, Ist die Allerhöchste Kab. Order v. 30. Juni 1894 rechtsgültig oder nicht? Pharm. Ztg. 1927 Nr. 83.

[97]) Ausführl. Darstellg. d. Gesetzgebung nach 1810, s. unten S. 44 ff.

erteilung nach dem Tode des Berechtigten dem Ermessen der Behörde vorbehalten sein sollte[98]). Aber diese Absicht wurde nicht durchgeführt; schon bald wurden der Konzession durch Praxis und Gesetz ähnliche Befugnisse beigelegt wie auch den Privilegien[99]). Insbesondere erlangten sie das Recht, den Geschäftsnachfolger zu präsentieren[100]).

Der erste größere Schritt war der, daß entsprechend der Regelung bei den Privilegien der Witwe auf Lebenszeit bezw. bis zu ihrer Wiederverheiratung und den Kindern für die Zeit ihrer Minderjährigkeit der Weiterbetrieb der Apotheke durch einen Verwalter gestattet wurde[101]). Eine Erweiterung dieser Rechte der Hinterbliebenen wurde eingeführt, indem die Fortführung der Apotheke zugelassen wurde, wenn zur Zeit des Todes des Beliehenen ein Sohn approbierter Apotheker war oder wenn er, falls er in diesem Zeitpunkt noch minderjährig war, die Approbation bis zur Volljährigkeit erlangte. Das bedeutete schon eine beschränkte Vererblichkeit an einen als Apotheker qualifizierten Sohn. Eine Veräußerlichkeit, wenn auch ebenfalls in beschränktem Umfang, wurde dadurch erreicht, daß die Fortführung einer Apotheke auch dann zugelassen wurde, wenn eine Tochter noch während ihrer Minderjährigkeit einen approbierten Apotheker ehelichte. Daß es sich hierbei um einen Übergang der Konzession auf den Ehemann der Tochter handelte, dürfte m. E. nicht zu bezweifeln sein. Das wird man daraus folgern müssen, daß mit dem Ende der Minderjährigkeit der Tochter die Betriebsberechtigung für diese entfallen, andererseits aber doch für den Weiterbetrieb vorhanden sein mußte. War aber kein weiterer Berechtigter da, so mußte sie auf den Ehemann übergehen, weil dieser ja auch die Apotheke betrieb. Diese Auffassung entspricht auch am meisten dem Gedanken des § 5 der revidierten Apothekerordnung, die Apotheke ehestens wieder auf einen qualifizierten Besitzer zu bringen. — Die Übung, Vererblichkeit und Veräußerlichkeit in beschränktem Umfange zuzulassen, bestand bereits im Jahre 1824, wie ein Ministerialerlaß vom 18. Dezember dieses Jahres beweist[102]). Seine Sanktionierung erfuhr der bestehende Zustand durch die Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827[103]), durch welche die Verwaltungsbehörden ermächtigt wurden, die Vorschriften der §§ 4 und 5 der

---

98) Bornhak, Gutachten „Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Apothekerrechte", S. 1; v. Gneist, S. 308; Lewinsky, S. 46; Min.-Reskript v. 27. Dez. 1818. Bei Lewinsky, S. 45/46.

99) Adlung, S. 10; Klie, S. 13; Lewinsky, S. 46; Pistor, S. 27.

100) Adlung, S. 11 und 24; Klie, S. 11; vgl. auch Hachmann, Die Apothekenprivilegien und die Wirkung der fremdherrlichen Gesetzgebung auf die Ap.-Privilegien in Rheinland und Westfalen, S. 5: „Die Apothekenkonzessionen aber nahmen im Laufe des Jahrhunderts einen eigentümlichen Entwicklungsweg, auf dem sie sich der Rechtsnatur der Ap.-Privilegien wieder näherten".

101) Vorausgegangen war die Gestattung d. Fortsetzung des Apothekenbetriebes durch die Erben bis zur Neuverleihung d. Konzession an einen anderen Apotheker. Solange mußte die Apotheke durch einen Provisor verwaltet werden (Eulenberg-Horn, Das Medizinalwesen in Preußen, S. 36; v. Gneist, S. 308).

102) Bei Lewinsky, S. 436/47; bei Pistor, S. 28.

103) v. Gneist, S. 308; Lewinsky, S. 48; Pistor, S. 31, Urban, S. 270 Note 1.

revidierten Apothekerordnung auch auf die Hinterbliebenen eines konzessionierten Apothekers anzuwenden.

In Verfolg der Anwendung dieser genannten Rechtssätze der Apothekenprivilegien auf die Konzessionen verwischte sich der Unterschied zwischen beiden Betriebsformen immer mehr. In weiterer Annäherung an das Privileg und in weiterer Abweichung von dem Grundgedanken des rein persönlichen Charakters der Konzession wurde letztere dahin ausgestaltet, daß die Regierungen beim Abtreten des bisherigen Inhabers die Konzession dem von diesem vorgestellten Geschäftsnachfolger fast ausnahmslos erteilten[104]). Das geschah vor allem auf Grund der Zirkularverfügung vom 23. Juni 1832[105]). Diese wies wegen der in der Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827 enthaltenen Anordnung der gleichen Behandlung der Hinterbliebenen des Inhabers einer privilegierten oder konzessionierten Apotheke die Behörden an, vor anderweitiger Verfügung über eine erledigte Konzession immer erst bei dem Ministerium anzufragen. Selbst diese Anfragen wurden sehr bald unterlassen; vielmehr erteilten die Behörden dem Käufer der Apotheke stets ohne weiteres die Konzession zum Fortbetriebe[106]). Damit war neben der bereits bestehenden beschränkten Vererblichkeit und Veräußerlichkeit in der Praxis die völlige Veräußerungsfreiheit für die ursprünglich persönlichen Konzessionen gegeben. Ein Unterschied beim Besitzwechsel von privilegierten und konzessionierten Apotheken wurde daher kaum noch gemacht[107]). Nach Berendes wurden schon vor 1840 die bloß konzessionierten Apotheken gerade so verkauft, wie die privilegierten und zwar ohne vorherige Erlaubnis der Behörde, indem der abgehende Besitzer der Regierung den Nachfolger zur Erteilung der Konzession vorschlug; er ist sogar der Ansicht, daß die Konzession nur eine Bestätigung, d. h. wie bei den Privilegien eine Genehmigung ist[108]).

Die Kabinettsorder vom 8. März 1842[109]) unternahm dann den Versuch, zur reinen Personalkonzession zurückzugelangen. Sie bestimmte, daß bei Erledigung einer bloß persönlichen Konzession der abgehende Besitzer oder seine Erben den Antrag auf Übernahme der Apothekengerätschaften stellen könnten. Auf ihr beruhte der Ministerialerlaß vom 13. August 1842[110]), wonach die Königl. Regierung die Auswahl des Nachfolgers nach dem eigenen pflichtmäßigen Ermessen unter Beachtung der in der Zirkularverfügung vom 13. Juli 1840 betreffend die Erteilung von Konzessionen zur Anlegung neuer Apotheken zu treffen habe.

---

[104]) v. Gneist, S. 308; ders.: Behördliche Zuständigkeiten bei Anlegung neuer Apotheken, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 63 Abschn. II; Pistor, S. 29.

[105]) Lewinsky, S. 48.

[106]) v. Gneist, Ap.-Ztg. 1929, Nr. 63 Abschn. I.

[107]) Berendes, S. 283; Pistor, S. 61; Urban, S. 270. Vgl. hierzu Adlung, S. 24: „Später wurde auch den Inhabern dieser persönlichen Berechtigung das Präsentationsrecht der privilegierten Apotheken zugebilligt, sodaß die persönlichen Konzessionen nicht nur vererblich, sondern auch veräußerlich wurden."

[108]) Berendes, S. 283/284.

[109]) Ges.S. S. 111.

[110]) Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 320 ff.

Dieser Versuch, die reine Personalkonzession wieder einzuführen, mißlang jedoch. Ganz abgesehen davon, daß die Anordnungen bei den Betroffenen heftigen Widerspruch bezüglich ihrer rechtlichen und administrativen Begründung erweckten, bereitete auch ihre Durchführung erhebliche Schwierigkeiten[111]). Dementsprechend fand eine Rückkehr zu den früheren Verhältnissen statt. Außer den Begünstigungen in der Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827, welche durch die Kabinettsorder von 1842 nicht berührt worden war[112]), wurden den Inhabern der Konzessionsapotheken weitere Vorrechte gegeben. Die Kabinettsorder vom 23. Dez. 1843 und die auf ihr beruhende Zirkularverfügung vom 10. Januar 1844[113]) gestattete die Übertragung des Apothekenunternehmens auf den (volljährigen) qualifizierten Sohn oder Enkel. Auf Grund der Kabinettsorder vom 21. Oktober 1844 und der dazu ergangenen Zirkularverfügung vom 16. November 1844[114]) wurde dann jedem qualifizierten Apotheker die Konzession erteilt, wenn er eine Apothekerwitwe heiratete, der das Verwaltungsrecht zustand.

Eine vollkommene Rückkehr zu den vor 1842 bestehenden Verhältnissen brachte abschließend die Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846[115]). Sie enthielt die Ermächtigung für den Minister, „die Regierungen anzuweisen, beim Ausscheiden eines nichtprivilegierten Apothekers aus seinem Geschäft die Konzession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentierten Geschäftsnachfolger, soweit derselbe vorschriftsmäßig qualifiziert ist, jedoch immer nur für seine Person und unter ausdrücklichem Vorbehalt der Wiedereinziehung der Konzession bei seinem dereinstigen Abgang zu erteilen". Diese Anweisung an die Regierungen erfolgte durch den Ministerialerlaß vom 21. Oktober 1846[116]).

Die Gesetzeseigenschaft der Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846, die das Präsentationsrecht auf jeden qualifizierten Apotheker ausdehnte, ist sehr umstritten. Ihre Anzweiflung erfolgt aus einem formellen Grunde. Es wird darauf hingewiesen, daß sie nicht in der Gesetzessammlung veröffentlicht worden sei.

Tatsache ist, daß kurz vor dem Erlaß der genannten Kabinettsorder durch § 1 des Gesetzes vom 3. April 1846[117]) die Publikation eines Gesetzes in der Gesetzessammlung vorgeschrieben wurde; ohne diese Publikation sollten landesherrliche Erlasse als Gesetz nicht anerkannt

---

[111]) Vgl. Min. Erl. v. 21. Okt. 1846 (Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 209).

[112]) Derselben Ansicht v. Gneist, Ap. Ztg. 1929 Nr. 63 Abschn. I; Lewinsky, S. 147. Die Kab.-Ord. von 1827 ist späterhin stets als gültig behandelt worden. Vgl. z. B. Min. Verfügung v. 16. März 1844 (Min. Bl. f. d. inner Verw. S. 71).

[113]) Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 14.

[114]) Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 311.

[115]) Bei Adlung, S. 25; bei v. Gneist, S. 310.

[116]) Min. Bl. f. d. innere Verw., S. 209.

[117]) Ges.S. S. 151.

werden[118]. Die Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846 ist jedoch in der Gesetzessammlung nicht veröffentlicht worden.

Die hieraus gegen die Gesetzeskraft der Kabinettsorder hergeleiteten Bedenken können jedoch als durchgreifend nicht angesehen werden. Die gehörige Form der Verkündung ist m. E. zwar nicht dadurch eingehalten worden, daß in der Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846 auf die königl. Kabinettsorder als ihre Grundlage Bezug genommen ist. Denn wenn es schon allgemein einer Verkündung des ganzen Gesetzestextes in der Gesetzessammlung zur Gültigkeit des jeweils in Frage stehenden Gesetzes bedurfte, so konnte eine Bezugnahme in einer Zirkularverfügung die formelle Verkündung erst recht nicht ersetzen[119]. Aber es fragt sich, ob es zur Gesetzeskraft einer Verordnung des Königs im Jahre 1846 überhaupt einer formellen Publikation in der Gesetzessammlung bedurfte. Schon vor dem Gesetz vom 3. April 1846 waren mehrere Verordnungen betr. die Publikation von Gesetzen ergangen[120]. Bereits § 10 Einl. z. ALR. bestimmte: „Das Gesetz erhält seine rechtliche Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da es gehörig bekannt gemacht worden". Die Art der gehörigen Bekanntmachung war geregelt durch die königl. Verordnung vom 27. Oktober 1810[121], durch die königl. Verordnung vom 28. März 1811[122] und die Deklaration vom 14. Januar 1813[123]. Danach war für Gesetze, die mehr als ein Regierungsdepartement betrafen, der Abdruck in der Gesetzessammlung vorgeschrieben: für Vorschriften oder Publikationen, welche ein Departement allein betrafen, war die Aufnahme in das Amtsblatt angeordnet. Auch vor dem Gesetz vom 3. April 1846 war daher Publikation von Verordnungen in bestimmter Form vorgeschrieben, wenn diese Verordnungen Gesetzeskraft erlangen sollten. Unzweifelhaft sind aber bis 1846 mehrfach Kabinettsorders ergangen, denen trotz mangelnder Verkündung Wirksamkeit nicht abgesprochen worden ist[124].

Gegen das Bedenken der Ungültigkeit der Kabinettsorder spricht, worauf in der Literatur hingewiesen ist[125], daß in der damaligen Zeit der auf Hervorbringung eines Gesetzes gerichtete Wille des absoluten Königs Gesetzeskraft erlangte, einerlei in welcher Form dieser Wille

---

118) Der § 1 der Publikation vom 3. April 1846 lautet: Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die Gesetzessammlung, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder nur für einen Teil derselben bestimmt sind.

119) A. A. anscheinend Hamburger S. 20.

120) Eingehende Ausführungen über die Bedeutung d. Publ. Gesetzes unter Angabe d. Gesetzesmaterialien s. in den Abhandlungen Hubrichs: Annalen d. Deutschen Reichs Jahrg. 1907 S. 84 ff., insbes. S. 85 Anm. 1; Verwaltungs-Archiv Bd. 13, insbes. S. 471; Verw.-Archiv Bd. 17 S. 63 ff. insbes. S. 67.

121) Ges.S. S. 1.

122) Ges.S. S. 165.

123) Ges.S. S. 2.

124) Siehe die in RG. 111, 219 erwähnten Fälle.

125) Vgl. z. B. Hamburger, S. 18/19; Lewinsky, S. 156; ders.: Zur Kritik der Entscheidung d. Danziger Obergerichts v. 12. 6. 1929, Ap.-Ztg. 1929, Nr. 88.

geäußert wurde. An Stelle der allgemeinen Publikationsform konnte von dem König selbstherrlich eine andere Form der Verkündung bestimmt werden. Dem absoluten Herrscher blieb es unbenommen, sich im einzelnen Falle über die von ihm selbst bestimmten Vorschriften einer gehörigen Verkündung hinwegzusetzen; einer dieser Wege war, die gehörige Bekanntmachung selbst dadurch vorzunehmen, daß er die Order dem zuständigen, mit der Ausführung betrauten Minister zugehen ließ. Diese Argumentation findet sich in mehreren Erkenntnissen des Reichsgerichts[126]). Sie trifft ebenfalls für die nach dem Publikationsgesetz von 1846 ergangenen Kabinettsorders zu. Denn die Forderung auf Publikation ist bei den früheren Gesetzen infolge § 10 Einl. ALR. nicht minder bestimmt gehalten als im § 1 des Publikationsgesetzes. Auch die Stellung des Königs trägt 1846 noch denselben absoluten Charakter wie zuvor. Daher muß auch der an das Staatsministerium gerichteten Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846 Gesetzeskraft beigelegt werden, zumal der auf ihr beruhende und sie im wesentlichen wiederholende Ministerialerlaß vom 21. Oktober 1846 in Beziehung auf die gesetzliche Regelung des Konzessionswesens von einem Vorbehalt weiterer legislativer Bestimmung spricht, wie das ja auch schon in der Kabinettsorder selbst ausgesprochen war. Danach wurde die Kabinettsorder als Gesetz auch von der Zirkularverfügung angesehen. Zum mindesten muß aus dem Vorbehalt der Ministerialverfügung und dem Wortlaut der Kabinettsorder entnommen werden, daß die weitere Regelung des Konzessionswesens nur durch Gesetz erfolgen sollte; das spricht ebenfalls wieder dafür, daß die Kabinettsorder sich selbst als Gesetz ansah und als Gesetz betrachtet wurde.

Das Obergericht Danzig verlangt in einer Entscheidung vom 12. Juni 1929[127]) die Aufzeigung ganz besonderer Umstände, aus denen sich eine Abweichung von der erst kurz zuvor aufgestellten Regel der Veröffentlichung erklären ließe, wenn einem Erlaß des Herrschers trotz mangelnder Verkündung Gesetzeskraft zugesprochen werden sollte. Ob hierin nicht eine Überspannung der Beweisführungspflicht vorliegt, weil diese Forderung erfüllen Gründe angeben heißt, warum der souveräne Herrscher von seiner absoluten Gewalt Gebrauch macht, mag dahingestellt bleiben; denn bei Erlaß der Kabinettsorder von 1846 lagen unzweifelhaft besondere Gründe vor, die eine Änderung der bestehenden Verhältnisse gebieterisch verlangten. Wie oben erwähnt, war der Widerstand gegen die Kabinettsorder von 1842 so stark und auch ihre Durchführung so schwierig, daß sie fast unmittelbar nach ihrem Erlaß durch die beiden

---

[126]) Hingewiesen sei hier auf die Urteile RG. 28,303; 84,181; 111,218 ff.; JW. 1922, 1579. In diesen Entscheidungen hat das RG. die formelle Gültigkeit von Kabinettsorders bejaht, auch ohne daß eine Verkündung erfolgt war. Zwar weist das Oberger. Danzig auf eine entgegengesetzte Entscheidung in RG. 16, 211 hin, doch kann dieser vereinzelten älteren Entscheidg. aus einer Zeit, die formaljuristische Gesichtspunkte in den Vordergrund zu rücken pflegte, gegenüber den soeben genannten neueren eine allgemeine Bedeutung nicht beigelegt werden. — Vgl. auch Hubrich, Annalen des Deutschen Reichs, Jahrg. 1907 S. 88.

[127]) Ap. Ztg. 1929, Nr. 56.

Kabinettsorders vom 23. Dezember 1843 und 21. Oktober 1844 im Sinne einer Wiederherstellung und Erweiterung der früheren Rechte wieder abgeändert wurde. Die Kabinettsorder von 1846 war daher der folgerichtige und zwangsläufige Schritt, der aus der notwendig gewordenen Abkehr von der Regelung dieser Kabinettsorder von 1842 folgte. Das Ziel der Kabinettsorder war und mußte nach dem Vorhergegangenen sein: die Wiederherstellung der freien Veräußerlichkeit der konzessionierten Apotheken durch Wiedergewährung des Präsentationsrechtes. Zutreffend sagt Lewinsky: „wenn nun der König durch seinen ausdrücklich erklärten Willen ein von ihm früher erlassenes Gesetz ändern oder suspendieren will, und wenn er ausdrücklich die durch sein früheres Gesetz notwendig gewordene Praxis beseitigen und jene Praxis einführen will, die vor diesem Gesetz bestanden hat, so gibt er deutlich genug seinem gesetzgeberischem Willen Ausdruck[128])“. Daß die Wiedereinführung der freien Veräußerlichkeit (und Vererblichkeit) das Ziel der Kabinettsorder war, wird außerdem ausdrücklich bestätigt durch den Ministerialerlaß vom 9. Mai 1851[129]). — Ganz unzweideutig dürfte die Gesetzeseigenschaft der Kabinettsorder von 1846 aber aus folgenden Erwägungen hervorgehen: Die Kabinettsorder vom 8. März 1842 ist unstreitig ein gültiges Gesetz gewesen; gültig war auch das auf ihr beruhende Ministerialreskript. „Diese Vorschriften sind aber durch die den Königl. Regierungen mittels Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846 zur Nachachtung bekannt gemachte Allerhöchste Order vom 5. Oktober 1846 aufgehoben“ besagt der Ministerialerlaß vom 24. Januar 1852[130]). Wäre selbst dieser Ministerialerlaß nur in dem Sinne zu verstehen, daß die Kabinettsorder von 1842 durch diejenige von 1846 suspendiert worden sei, so würde schon das genügen, daraus auf die Gesetzeseigenschaft der letzteren zu schließen. Denn die Aufhebung bezw. die Nichtanwendung eines Gesetzes kann immer nur durch ein Gesetz angeordnet werden. Also muß die Kabinettsorder von 1846 Gesetz gewesen sein: als Verwaltungsanordnung wäre sie schon bei ihrem Erlasse rechtsungültig gewesen, da durch eine Verwaltungsanordnung die Aufhebung bezw. Nichtanwendung einer geltenden Gesetzesbestimmung nicht angeordnet werden kann. Diese, ähnlich auch von Evers[131]) gebrachten Erwägungen müssen m. E. zwingend zu der Anerkennung der Gesetzesgültigkeit der Kabinettsorder von 1846 führen[132]).

Der Gültigkeit der Kabinettsorder von 1846 steht nicht der Umstand entgegen, daß in ihr und in dem zu ihr ergangenen Ministerialerlaß vom 21. Oktober 1846 eine definitive gesetzliche Regelung in Aussicht genommen war: „etwas anderes, als daß dieses einstweilige und vorläufige Gesetz eben auch ein Gesetz ist, das wie jedes Gesetz abänderbar und ergänzbar sein

---

[128]) Lewinsky, Ap. Ztg. 1929 Nr. 88 Abschn. II.

[129]) Pistor, S. 63; Urban, S. 272 Anm. 1.

[130]) Bei Lewinsky, S. 54/55; bei Pistor, S. 35.

[131]) Evers, Die Verkäuflichkeit der konzessionierten Apotheken in Preußen, Pharm. Ztg. 1929 Nr. 55.

[132]) Derselbe Gedanke findet sich im Gutachten der Justizabteilung des Staatsrats (vom 22. 10. 1840) zum Publikationsgesetz vom 3. 4. 1846, veröffentlicht in: Hubrich, Grundlagen des Preußischen Staatsrechts, Verw.-Archiv Bd. 17 Seite 63 ff.

kann, wurde dadurch nicht bestimmt[133])". Im übrigen ist es bei diesem Gesetz ja auch verblieben.

Auch der Vorbehalt der Wiedereinziehung vermag an dem Recht auf Präsentation des Nachfolgers und damit an der „Veräußerlichkeit" der Realkonzession nichts zu ändern. Dieser Vorbehalt hat nach der Ministerialverfügung vom 15. Juli 1857[134]) „nur die Bedeutung, daß durch die Verfügung vom 21. Oktober 1846 der definitiven legislatorischen Regelung der Angelegenheit nicht präjudiziert werde". Gleichzeitig ergibt sich auch wieder aus dieser Verfügung, daß die Wiedereinziehung nur durch Gesetz sollte erfolgen dürfen, wie das schon von der Kabinettsorder von 1846 und der auf ihr beruhenden Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846 angeordnet war[135]). — Nach alledem kann die Gesetzeskraft der Kabinettsorder m. E. nicht mehr ernsthaft bestritten werden. Überwiegend sieht die neuere Literatur sie deshalb auch als gültiges Gesetz an[136]).

Soweit die Kabinettsorder trotz ihrer materiellen Notwendigkeit und der absoluten Stellung des Königs nicht als Gesetz, sondern nur als Verwaltungsanordnung angesehen wird, wird diese Meinung sich mit der Frage auseinanderzusetzen haben, ob man in ihr nicht mindestens eine zwingende Anweisung des Königs an die Behörden sehen muß, die zu ihrer Verbindlichkeit einer Aufnahme in die Gesetzessammlung nicht bedurfte. Mit Recht weist Hamburger auf die Entscheidung OVG. 76, 462 hin, welche die ebenfalls nicht veröffentlichte Kabinettsorder vom 30. Juni 1894 betrifft[137]). Bezüglich dieser Kabinettsorder, welche für die Konzessionen neu anzulegender Apotheken die Erteilung des Präsentationsrechtes verbot, wird in dieser Entscheidung festgestellt, daß ihre Bestimmungen über Inhalt und Tragweite der Konzessionen eine verbindliche Anweisung an die Behörden darstellen. Richtig schließt Hamburger daraus, daß dasjenige, was von der Kabinettsorder eines nicht mehr

[133]) Siehe Hamburger S. 19.

[134]) v. Gneist, S. 312; Lewinsky, S. 61/62; Urban, S. 272.

[135]) Ebenso Hamburger, S. 20; Lewinsky, S. 156/157. — Zutreffend weist Hamburger S. 20 darauf hin, daß der Vorbehalt der Wiedereinziehung sich auch bei den Privilegien finde und daher bei den Realkonzessionen nicht eine andere Bedeutung haben könne wie bei jenen. Wolle man darin eine besondere, das Präsentationsrecht einschränkende Bestimmung sehen, so wäre ein solcher Vorbehalt mit dem unstreitig verliehenen Präsentationsrecht nicht vereinbar und damit sinnwidrig. Man könne nicht auf der einen Seite mit verpflichtender Wirkung das Präsentationsrecht zubilligen und sich auf der anderen Seite den Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs sichern.

[136]) Die Gesetzeseigenschaft der Kabinettsorder wird anerkannt von Adlung, S. 25 ff., wie sich aus seinen Ausführungen S. 24 hinsichtlich des gleichgelagerten Falles betr. der Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827 ergibt. Ferner betrachten die Kabinettsorder als Gesetz: Hamburger, S. 18 ff.; Lewinsky, S. 157; Urban, S. 271 und wohl auch Klie, S. 13. Bestritten wird die Gesetzeseigenschaft z. B. von Bornhak, Gutachten, S. 6 f.; Deichmann, S. 70; Pistor, S. 31; Oberger. Danzig, Ap. Ztg. 1929 Nr. 56.

[137]) Hamburger, S. 20/21.

absoluten Königs gelte, erst recht hinsichtlich der verbindlichen Kraft eines damals so gut wie unbeschränkten Monarchen gelten müsse[138]). Mag sie selbst ursprünglich als einstweilige Anordnung gedacht gewesen sein, so ist sie eine endgültige zumindest geworden. Sie ist nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar durch verschiedene Kabinettsorders und Ministerialerlasse bestätigt worden; aus neuerer Zeit sei hier nur der Erlaß des Justizministers vom 9. Juni 1920 genannt[139]). Auf Grund der Eigenschaft der Kabinettsorder als Verwaltungsanordnung allein haben sich jedoch keine subjektiven Rechte entwickeln können. Aus Verwaltungsanordnungen und Verwaltungsbrauch allein entstehen für die Untertanen solche Recht nicht. Sie können nur die Grundlage für ein Gewohnheitsrecht bilden[140]).

B.) Die Auslegung der Gesetzgebung nach der abweichenden Meinung.

Die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Realkonzessionen, d. h. das Recht der Präsentation eines Nachfolgers wird — teilweise im Gegensatz zu den vorigen Ausführungen — noch auf eine andere Begründung gestützt, wobei die Gesetzgebung im Jahre 1810 und in den folgenden Jahren eine andere Auslegung erfährt und der Kabinettsorder von 1846 nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wird. Die Beweisführung ist — im wesentlichen an Bornhak[141]) anschließend — folgende:

Mit dem Gewerbesteuer-Edikt vom 2. November 1810 trat in Preußen eine völlige Umwälzung aller Gewerbeverhältnisse ein. Grundsätzlich wurde die Gewerbefreiheit eingeführt, d. h., jedermann stand die Ausübung eines jeden Berufes gegen Lösung eines Gewerbesteuerscheines frei. Doch gab es Ausnahmen. Hierunter befanden sich die Apotheker; ihnen durfte gemäß § 21 Ziff. 3 a. a. O. der Gewerbeschein nur auf vorherigen Nachweis der erforderlichen Eigenschaften (Approbation) erteilt werden. Damit war, wenn auch nicht die Gewerbefreiheit, so doch zunächst die Niederlassungsfreiheit für Apotheker eingeführt[142]). Da es

---

[138]) Als gültige Anweisung an die Behörden wird die Kab. Order angesehen z. B. von Bornhak, Gutachten, S. 6/7; Deichmann, S. 70.

[139]) Erlaß betr. die Berücksichtigung von Apothekenkonzessionen bei Zwangsversteigerung von Grundstücken. v. Gneist, S. 525; Urban, S. 299. — Wegen der sonstigen ein Präsentationsrecht anerkennenden Ministerialerlasse und Verfügungen s. unten S. 55 f.

[140]) Hilfsweise soll zwecks erschöpfender Darstellung weiter unten S. 50 ff. bezw. S. 56 ff. die Frage der Entstehungsmöglichkeit eines Präsentationsrechtes sowohl durch Gewohnheitsrecht als auch durch Ersitzung geprüft werden.

[141]) Bornhak, Gutachten S. 12; Krischke, Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der älteren preußischen Apothekenkonzessionen (Realkonzessionen), Apotheker-Ztg. 1931 Nr. 2 und 3; Koch, Lehrb. des preuß. gem. Privatrechts, Bd. 1 § 400 S. 714. Vgl. auch den Aufsatz Gruchot, Bd. 1 S. 37 ff.

[142]) Nach Adlung, S. 22 und Lewinsky, S. 39 hat trotz d. Gew. Steueredikts f. Apotheken weder Gewerbefreiheit noch Niederlassungsfreiheit bestanden; beide halten trotz d. Gew. Steueredikts die Kab.-Ord. v. 1809 f. weiterhin gültig. Vgl. auch Hamburger, S. 35 und 107.

zur Eröffnung einer Apotheke nur der Approbation und der Lösung des Gewerbesteuerscheines bedurfte, war mithin eine Betriebserlaubnis nicht erforderlich. Die staatliche Aufsicht beschränkte sich auf die Prüfung der Approbation. Weil jeder approbierte Apotheker unter der Herrschaft der Niederlassungsfreiheit ohne weiteres eine Apotheke eröffnen konnte, waren die Apotheken auch frei vererblich und veräußerlich. — Die Niederlassungsfreiheit fand ein rasches Ende durch das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811. Es hob in § 89 die Niederlassungsfreiheit auf, indem es anordnete: „wieweit die Anlage neuer Apotheken zu gestatten sei, wird durch ein besonderes Gesetz bestimmt". Im übrigen wurde darin die Bestimmung wiederholt, daß Apothekern und Laboranten der Gewerbeschein nur auf ein Zeugnis der Provinzialregierung erteilt werden dürfe, daß sie zur Ausübung ihres Geschäftes geeignet seien. — Das in Aussicht gestellte besondere Gesetz erging unmittelbar darauf am 24. Oktober 1811 als Königl. Verordnung wegen Anlegung neuer Apotheken. Diese beschränkte sich aber auf eine Regelung der Apothekenvermehrung, wie das schon nach dem Wortlaut des § 89 des Gesetzes vom 7. September zu erwarten war; sie enthielt dagegen nichts über die Frage der Apothekenbesitzverhältnisse[143]. Insbesondere ist durch die Königl. Verordnung nicht angeordnet worden, daß die Übertragung der Konzession im Falle der Veräußerung einer bestehenden Apotheke einer Neukonzession (Neuerrichtung) gleichzuachten sei; das ergibt sich schon aus ihrem Zweck, nur die Anlegung neuer Apotheken zu regeln. Neue Apotheken sind nach § 2 des Gesetzes aber nur diejenigen, um die die vorhandenen vermehrt werden[144].

Die Sachlage, die nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 24. Oktober 1811 bestand, war also folgende: Wurde eine bestehende Apotheke übernommen, so war zur Lösung des Gewerbesteuerscheines von dem Erwerber lediglich seine Qualifikation nachzuweisen. Auf diesen Nachweis hin mußte die Behörde ihm — selbstverständlich gegen Zahlung der festgesetzten Gebühr — den Gewerbeschein erteilen. Die Erteilung des Gewerbescheines bildete, wie auch bei den übrigen Gewerbetreibenden, die Erlaubnis, auf Grund deren der Erwerber seine Apotheke dann betreiben durfte. — Jede Neuanlegung einer Apotheke erforderte außer den genannten Voraussetzungen der Qualifikation des Erwerbers und der Lösung des Gewerbesteuerscheines noch eine Erlaubnis zur Anlegung der Apotheke, d. h. eine sachliche Konzession, deren Erteilung in das durch § 4 des Gesetzes vom 24. Oktober 1811 geregelte Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt war. Die persönliche Konzession dagegen, d. h. die an die Lösung eines Gewerbescheines gebundene und in ihm enthaltene Gewerbeerlaubnis durfte dem qualifizierten Erwerber einer Apotheke nicht versagt werden; sie war also ein reiner Formalakt.

Im übrigen blieben die Grundsätze der Gewerbefreiheit in Geltung. Daher verblieb dem Geschäftsinhaber insbesondere die Befugnis, die

---

[143]) Ebenso Hamburger, S. 36; Lewinsky, S. 41.

[144]) Das Gleiche ergibt sich aus der Vorgeschichte der Kab.-Order. Ausführungen darüber s. bei Krischke, Ap.-Ztg. 1931 Nr. 2 unter I, sowie Adlung, Pharm. Ztg. 1927 Nr. 103.

Apotheke an einen approbierten Erwerber zu veräußern, dem dann die persönliche Konzession, d. h. der Gewerbeschein, erteilt werden mußte. Eine weitere Anerkennung dieses Gedankens der Verfügungsberechtigung des Inhabers einer bestehenden Apotheke brachte der Erlaß vom 18. Dezember 1824, der den Weiterbetrieb einer Apotheke durch die Witwe oder die minderjährigen Kinder eines verstorbenen Apothekers unter Verwaltung durch einen Provisor gestattete.

Trotz des eindeutigen Sinnes der gesetzlichen Bestimmungen wurde wegen der Unsicherheit, die über den Begriff der Konzession herrschte[145]), sehr bald seitens der Verwaltungsbehörden auch von dem Erwerber einer bestehenden Apotheke eine Konzession, also eine besondere persönliche Betriebsberechtigung gefordert. Das geschah aus der überwundenen Anschauung des Polizeistaates heraus, die in der Erteilung der Betriebsberechtigung einen konstitutiven Akt, die Übertragung einer Gewerbeberechtigung erblickt hatte, weil der Staat als alleiniger Ursprung jeder Gewerbeberechtigung angesehen wurde. Daher auch die Gleichstellung der Konzession mit dem Privileg im ALR. Unter der Herrschaft der Gewerbefreiheit aber war für diese Auffassnug kein Raum mehr: der Gewerbebetrieb wird nunmehr als ein dem Individuum auf Grund seiner natürlichen Freiheit zustehendes Recht anerkannt. Wo dieses Recht aus polizeilichen Gründen eingeschränkt ist, bildet daher die von diesem Verbot gewährte Befreiung nicht mehr die Übertragung eines dem Staat allein zustehenden Rechts, vielmehr die Rückgewähr einer an sich dem Staatsbürger zustehenden Freiheit.[146]) Weil sie daher lediglich deklaratorisch ist und nur die Polizeimäßigkeit eines Unternehmens feststellt, muß sie beim Vorliegen der polizeimäßigen Voraussetzungen erteilt werden.

In Verkennung dieses deklaratorischen Wesens der seit 1810 eingeführten Konzession haben die Verwaltungsbehörden dagegen die freie Veräußerung der konzessionierten Apotheken bekämpft in der Meinung, daß es sich bei der Konzession, wie bei den früheren Gewerbeberechtigungen, um eine durch konstitutiven Staatsakt verliehene persönliche Gewerbeberechtigung handele. Aus dieser Auffassung heraus ist denn auch die Kabinettsorder vom 8. März 1842 ergangen. Da sie auf dem Rechtsirrtum beruhte, daß die konzessionierten Apotheken unverkäuflich seien und da sie ferner mit ihrer Regelung in subjektive Rechte eingriff, ohne entsprechend §§ 74 ff. Einl. ALR. eine Entschädigung selbst festzusetzen oder sonst anzuordnen, muß sie trotz ihrer Verkündung als rechtsungültig angesehen werden. Endlich hatte auch die preußische Gewerbeordnung nicht die Einführung einer besonderen persönlichen Konzession gebracht. Zwar bedarf es nach § 54 des Gesetzes einer Konzession des Oberpräsidenten; eine nähere Begriffsbestimmung dieser „Konzession" für Apotheken ist in diesem Gesetze jedoch nicht gegeben, sodaß sie nichts anderes zu sein braucht als der Gewerbeschein des Edikts von 1810[147]). Im übrigen hatte, wie sich außer aus dem Gesetz auch aus der Lehrert-

---

[145]) Otto Mayer, Bd. 1 § 22 N. 1; Fleiner, § 20 II S. 346.
[146]) Siehe unten Anm. 214.
[147]) Vgl. Krischke, Ap. Ztg. 1931 Nr. 2 Abschn. I.

schen Denkschrift[148]) ergibt, der § 54 nur Gültigkeit für die Anlegung von neuen, d. h. für bisher noch nicht bestehende Apotheken.

a) **Stellungnahme zur abweichenden Auslegung.**

Das Bedenken, das sich gegen diese Beweisführung erheben muß, richtet sich dem zuvor Gesagten entsprechend nicht gegen die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der von 1810 bis 1894 angelegten Apotheken. Es beruht vielmehr zunächst einmal auf der anderen Auffassung, die auch von der preußischen Regierung und der herrschenden Meinung vertreten wird, daß trotz der Einführung des Gewerbesteuer-Edikts bezw. der allgemeinen Gewerbefreiheit für Apotheken auch ferner eine Betriebserlaubnis notwendig war[149]). Von dem letzteren Standpunkt aus gesehen haben daher die Verwaltungsbehörden durchaus zu Recht auch seit der Einführung der Gewerbefreiheit ebenfalls bei dem Erwerbe einer bestehenden Apotheke immer eine besondere Betriebsberechtigung für notwendig erachtet.

Ein weiteres Bedenken gegen die im vorigen gegebene Beweisführung könnte darin liegen, daß tatsächlich von den Verwaltungsbehörden stets eine besondere Betriebsberechtigung gefordert wurde und daß sich eine dementsprechende Verwaltungspraxis entwickelte[150]). Das beweist das genannte Ministerialreskript vom 27. September 1818 sowie der ebenfalls schon genannte Ministerialerlaß vom 18. Dezember 1824.

Fraglich erscheint allerdings, ob diese Verwaltungspraxis Gültigkeit beanspruchen kann. Folgt man der von Bornhak usw. vertretenen Auslegung der Gesetzgebung, so wird man diese Gültigkeit verneinen müssen. Denn dann handelt es sich um eine Uebung, die sich gegen die bestehende Gesetzgebung, zumindest aber ohne gesetzliche Grundlage im Widerspruch zu dem Gedanken der Gewerbefreiheit gebildet hat, nach der außer der gewerblichen Erlaubnis nicht noch eine besondere persönliche Betriebsberechtigung gefordert werden durfte. Denn eine Bestimmung, nach der die Übernahme einer Apotheke außer von der gewerblichen Erlaubnis durch Lösung eines Gewerbescheines noch von einer weiteren persönlichen Konzession abhängig gewesen wäre, bestand im Zeichen der Gewerbefreiheit weder nach allgemeinen Gesetzen noch nach Apothekengesetzen. Ebensowenig bestand mangels einer solchen Bestimmung die Pflicht, eine

---

[148]) Auszugsweise mitget. bei Krischke, Ap.-Ztg. 1931 Nr. 3 Abschn. II.

[149]) Für die Absicht einer Einführung der Niederlassungsfreiheit für Apotheker spricht anscheinend allerdings wieder § 17 Satz 2 des Gew. Steueredikts von 1810, wonach an Orten, wo jetzt Gewerbegerechtigkeiten stattfinden, eine billige Entschädigung für die bisher Berechtigten von der Regierung reguliert werden sollte. Eine derartige Entschädigungsfestsetzung für sämtl. Gewerbegerechtigkeiten würde allerdings auf eine Niederlassungsfreiheit hindeuten. Von der herrschenden Meinung wird dieser Satz jedoch auf den von Exklusivgewerbeberechtigungen handelnden Satz 1 a. a. O. bezogen. Nicht ausschließl. Gewerbeberechtigungen z. B. Apothekengerechtigkeiten ohne Exklusivrecht sind denn auch im Gefolge des Gewerbesteueredikts nicht abgelöst worden. Vgl. Nelken, § 23 S. 264; v. Rönne, Das Medizinalwesen, Bd. 1 S. 629 und 632. Vgl. auch Pistor, S. 61.

[150]) So z. B. Hamburger, S. 107.

Konzession jemals an den Staat zurückzugeben. Mit ihrer ersten Forderung griff die Verwaltungsbehörde in die Rechte des Staatsbürgers ein, indem sie seine gewerbliche Freiheit einengte. Durch die Verweigerung der Vererbungsmöglichkeit und der Verkäuflichkeit griff sie ferner in wohlerworbene Rechte der Untertanen ein. Eine solche sich gegen die Freiheit und Rechte des Staatsbürgers wendende Verwaltungspraxis erscheint nicht zulässig. Denn Dienstbefehle, also Verwaltungsanweisungen, wie sie ja die fraglichen Ministerialerlasse und Verfügungen darstellen, müssen sich begrifflich im Rahmen der gegebenen Rechtsvorschriften halten, deren Erläuterung und Durchführung sie ja dienen sollen[151]). Sie dürfen daher ohne gesetzliche Grundlage nicht Sätze enthalten, die im Widerspruch zu einzelnen Gesetzen oder dem Rechtssystem stehen. Griffen aber die genannten Ministerialerlasse in Freiheit und Eigentum der Untertanen ein, so hätten sie zu ihrer Gültigkeit einer gesetzlichen Grundlage bedurft, d. h. es hätte in unserem Falle eine gesetzliche Bestimmung vorhanden sein müssen, welche eine nur auf die Person des Beliehenen beschränkte besondere Konzession eingeführt gehabt hätte[152]).

Eine solche gesetzliche Grundlage haben nun zwar nicht die Gesetze von 1810 und 1811 abgegeben; aber unzweifelhaft hätte es das Gesetz vom 8. März 1842 vermocht. Man muß aber zu der Ansicht kommen, daß diese Kabinettsorder von einer nicht gegebenen Voraussetzung ausging, weil durch die Gesetzgebung eine besondere persönliche Betriebsberechtigung bisher nicht geschaffen worden war. Die Kabinettsorder selbst konnte in ihrer Fassung nicht die Wirkung haben, daß nun durch sie ein solches besonderes rein persönliches Betriebsrecht eingeführt wurde. Wie die Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846 ergibt, beabsichtigte die Kabinettsorder von 1842 eine Begünstigung der nicht mit einem Realprivilegium versehenen Apotheker insofern, als für ihre Nachfolger eine Zwangskaufpflicht für bestimmte Sachen festgelegt wurde. Nur nebenbei wurde dabei von dem Vorhandensein einer rein persönlichen Konzession ausgegangen[153]). Die Kabinettsorder von 1842 konnte demnach eine persönliche Konzession sogar nicht einführen wollen, weil sie diese bereits voraussetzte; denn setzte sie dieselbe voraus, so ging ihre Absicht bestimmt nicht dahin, ein schon als bestehend angesehenes Betriebsrecht einzuführen[154]). Die Kabinettsorder von 1842 hätte demnach ebenfalls keine Änderung gebracht.

War durch das Gewerbesteuer-Edikt die Gewerbefreiheit bzw. für ihre Apotheken die Niederlassungsfreiheit eingeführt worden, so konnte

---

[151]) Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, § 78 I, 2d; Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, § 6 S. 27; Otto Mayer, Bd. 1 § 9 III S. 102; v. Rönne, Staatsrecht, (5. Aufl.) Bd. 1 § 7 III, 1 c S. 140. — Vgl. ebenfalls v. Gneist, Ap.-Ges., S. 542.

[152]) Vgl. Fleiner, § 5 I, 2a S. 72, § 9 S. 131; Hatschek-Kurtzig, Lehrb. des preuß. u. deutsch. Verwaltungsrechts, § 2 II S. 7.

[153]) Ebenso Krischke, Ap.-Ztg. 1931 Nr. 2 Abschn. I.

[154]) Das darf nicht damit verwechselt werden, daß ein Gesetz auf Grund eines Irrtums eine Rechtsregel aufstellt; in diesem Falle ist die Rechtsregel gewollt und der Irrtum als Beweggrund des Gesetzes schadet nichts.

nach den m. E. richtigen weiteren Ausführungen Bornhaks usw. weder durch das Gesetz vom 24. Oktober 1811 noch durch die Kabinettsorder von 1842 eine besondere persönliche Konzession zur Einführung gelangt sein. Vor der Kabinettsorder von 1846 war die Möglichkeit der Einführung einer solchen nur noch durch den genannten § 54 der Preuß. Allgem. Gewerbeordnung von 1845 gegeben. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß spätestens auf Grund dieser Bestimmung außer dem schon stets erforderlichen Gewerbeschein eine besondere persönliche Konzession für den Erwerber einer bereits errichteten Apotheke eingeführt worden sei[155]. Dem wird man nicht zustimmen dürfen. Denn die Konzession des § 54 a. a. O. ist m. E. mangels besonderer Bestimmung nichts anderes als die „Konzession" des Edikts vom 24. Oktober 1811; diese war jedoch eine Errichtungserlaubnis, keine Betriebserlaubnis[156]. Vor allem aber kann darüber, daß § 54 a. a. O. sich auf bereits errichtete Apotheken überhaupt nicht bezog, gar kein Zweifel herrschen. Die hierin festgestellte Zuständigkeit des Oberpräsidenten galt nur für neu zu errichtende Apotheken[157]; Konzessionen für bestehende Apotheken wurden dagegen von den Regierungen erteilt. Das wird durch den speziell zu dieser Frage ergangenen Ministerialerlaß vom 13. September 1845 klargestellt[158]. Berührte § 54 der preußischen Gewerbeordnung von 1845 die bereits bestehenden Apothekenkonzessionen aber nicht, da er nur von den Konzessionen spricht, die von dem Oberpräsidenten zu erteilen waren, so konnte er für sie auch nicht eine besondere persönliche Konzession neben dem Gewerbeschein einführen. Die Annahme des letztgenannten Ministerialerlasses, durch den § 54 habe nur das bisherige Verfahren bestätigt werden sollen, wonach u. a. die Konzession zur Fortführung bereits bestehender Apotheken von den Regierungen erteilt werden sollte, findet daher in dem Gesetz keine Stütze.

Somit ergibt sich als Schlußfolgerung: Ist durch das Gewerbesteuer-Edikt von 1810 die Gewerbe- bezw. Niederlassungsfreiheit auch für die Apotheken zur Herrschaft gelangt, so ist durch die Gesetzgebung bis zum Jahre 1845 eine die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der seit 1810 errichteten Apotheken einschränkende persönliche Konzession nicht eingeführt worden. Soll daher die Gesetzmäßigkeit der von den Verwaltungsbehörden eingeführten Praxis anerkannt werden, so muß sie auf einer außerhalb der besprochenen Gesetzgebung liegenden Bestimmung beruhen; als solche kommt, wie erwähnt, die revidierte Apothekerordnung von 1801 und die Kabinettsorder vom 12. Dezember 1809 allein in Betracht.

---

[155]) Vgl. z. B. Hamburger, S. 35/36.

[156]) Mit dem Gewerbeschein ist sie nicht identisch, da z. B. im Gewerbesteueredikt beide Bezeichnungen für verschiedene Gegenstände gebraucht sind.

[157]) Schon die Dienstinstruktion f. d. Oberpräsidenten v. 31. Dez. 1825 (Ges. S. 1826 S. 1) hatte diese Zuständigkeit in § 11 Ziff. 4b begründet, die v. d. Gew. Ordnung übernommen wurde.

[158]) Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 301. Vgl. auch v. Gneist, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 63 Abschn. II.

§ 2. Realkonzession und Gewohnheitsrecht.

In dem genannten Urteile des Obergerichts Danzig vom 12. Juni 1929 hat das Gericht nach der Verneinung der formellen Gesetzeseigenschaft der Kabinettsorder von 1846 mit Recht die Frage geprüft, ob nicht vielleicht durch Gewohnheitsrecht eine Konzession mit Präsentationsrecht entstanden sei, sodaß den Inhabern der seit 1810 errichteten Apotheken gewohnheitsrechtlich das Recht der Vererbung und der Veräußerung zustehe.

Es mag mit Koch und der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß nach Einführung der ALR. eine den Bestimmungen desselben entgegenstehende Rechtsgewohnheit sich nicht mehr ausbilden konnte[159]. Aber schon der auf §§ 3 und 4 Einl. ALR. gestützten Ansicht Kochs, daß die Entstehung eines neuen allgemeinen Gewohnheitsrechtes überhaupt nicht mehr zuzulassen sei[160], kann nicht mehr gefolgt werden[161].

Das Urteil muß denn auch selbst anerkennen, daß die fast einstimmige Meinung in der Literatur die Zulässigkeit der Bildung eines allgemeinen Gewohnheitsrechtes praeter legem u. a. auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts bejaht[162]. Es braucht daher nicht auf die weitere Frage eingegangen zu werden, ob sich die Bildung einer Konzession mit Präsentationsrecht nicht unter dem Gesichtspunkt einer Observanz begründen ließe[163].

---

[159]) Koch, Komm. z. ALR., Anm. 15 zu § VII d. Publikationspatentes v. 1794. Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Privatrechts, § 21; Hatschek-Kurtzig, § 9, IV, 5; O. Mayer, Bd. 1 § 8, 4 S. 89. A. A. Bornhak, Gutachten, S. 9 und 12.

[160]) Koch, a. a. O., Anm. 21; ebenso Dernburg, § 21.

[161]) Die §§ 3 und 4 haben diesen Inhalt nicht. Durch die genannten Bestimmungen wurde nur die Bildung eines derogatorischen Gewohnheitsrechtes verboten, nicht aber die ergänzenden Gewohnheitsrechtes. Gierke, DPR. Bd. 1 § 20 VI S. 173.

[162]) Giese-Neuwiem-Cahn, § 6 S. 32; Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, § 7 V S. 95 ff.; G. Meyer-Anschütz, Lehrb. des Deutschen Staatsrechts, I. Teil § 16 N. 2 S. 58; v. Rönne, Staatsrecht, § 8 I S. 146; Schoen, Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht, Verwaltungsarchiv Bd. 28 S. 1 ff.; v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, § 6 S. 28 ff. Bornhak, Gutachten S. 10 führt aus, daß Gewohnheitsrecht eine Tatsache sei; der Gesetzgeber könne jedes entstandene Gewohnheitsrecht vernichten, aber das Entstehen von Tatsachen nicht von vornherein verbieten. Das Verbot derogatorischen Gewohnheitsrechtes ist nach ihm sog. unverbindlicher Gesetzesinhalt. Aehnlich Jellinek, Verw. Recht, § 7 III, 2 S. 116. — Hatschek-Kurtzig, § 9 IV S. 58 ff. und Otto Mayer, Bd. 1 § 8, 4 S. 87 ff. erkennen die Bildung von Observanzen als zulässig an.

[163]) Der Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes gegenüber wird z. B. eingewendet, daß durch seine Anerkennung das notwendige freie administrative Ermessen der Behörde in einer Weise eingeschränkt würde, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben außerstande setzen müßte. Mit m. E. überzeugenden Gründen hat Klie, S. 51, diesen Einwand bezüglich des Präsentationsrechtes widerlegt. Seine Ausführungen

Das Danziger Urteil lehnt aber die Zulässigkeit der Bildung einer Konzession mit Präsentationsrecht durch Rechtsgewohnheit (Gewohnheitsrecht und Observanz) ab, weil es hierin eine Rechtsbildung nicht praeter legem, sondern contra legem sieht. Denn nach seiner Ansicht würde eine Konzession mit Präsentationsrecht in ihrer Wirkung den Privilegien gleichgekommen sein und damit zu den für das Apothekenwesen erlassenen Gesetzen, nämlich dem Gewerbesteuer-Edikt und der Kabinettsorder von 1842 im Widerspruch gestanden haben. Die Gewerbeordnung von 1810 verbiete infolge der Proklamierung der Gewerbefreiheit die Schaffung von Privilegien und damit auch diejenige einer in ihrer Wirkung den Privilegien gleichkommenden Konzession. Die Kabinettsorder von 1842 habe dann, nachdem die Handhabung des Konzessionswesens wieder einen Zustand herbeigeführt hatte, der sich von den Privilegien wenig unterschied, den Grundsatz des Verbotes der Erteilung neuer Privilegien in voller Reinheit hergestellt.

Es trifft zwar zu, daß die Wirkung einer Konzession mit Präsentationsrecht im wesentlichen den Rechten aus Privilegien gleichkommt. Deshalb aber die Bildung einer solchen Konzession als eine dem Gesetz zuwiderlaufende anzusehen, weil sie einem untersagten Rechtsinstitut nahekommt, geht nicht an. Das Rechtsleben kennt mehrere derartigen Fälle. Erinnert sei hier nur an das von der Rechtsordnung und Rechtsprechung als zulässig anerkannte Institut der Sicherungsübereignung nach §§ 930, 868 BGB. — Nur Privilegien selbst durften seit 1810 nicht mehr verliehen und auch nicht sonst, z. B. durch Gewohnheitsrecht oder Ersitzung begründet werden. Richtig ist im übrigen zwar, daß auf die Konzessionen die Grundsätze der Privilegien — soweit angängig — zur Anwendung gelangten[164]). Aber der Kern des Wesens der Konzession, die persönliche und jeweils nur für die Person erteilte Erlaubnis blieb trotz aller Änderungen erhalten.

Selbst unterstellt, daß das Gewerbe-Edikt von 1810 die Gewerbe- bezw. Niederlassungsfreiheit auch für Apotheken eingeführt habe, so hätte

gipfeln in folgendem: Die Bildung von Gewohnheitsrecht widerspricht nicht der Forderung nach freiem Ermessen, wo ein freies Ermessen nicht ausdrücklich zugestanden ist und es dessen zur Erfüllung der gestellten Aufgaben auch nicht bedarf. So zeigt die gleichmäßige Erteilung der Konzession an den präsentierten Nachfolger, daß die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bei der Erteilung der Konzession nicht abhängig ist von wechselnden Umständen, die ein freies Ermessen notwendig machten: deshalb ist dieses freie Ermessen kein unbedingtes, durch die Eigenart der Tätigkeit gebotenes Erfordernis. Die Bildung von Gewohnheitsrecht auf öffentl.-rechtlichem Gebiet folgt aus dem Gedanken des Rechtsstaats und widerspricht nicht dem Wesen d. Verwaltung; sie findet ihren tiefsten Rechtfertigungsgrund in der Idee der Beständigkeit des Rechtes, in dem Ziel d. Rechtssicherheit (Jellinek, Verw.-R. § 7 III, 2 S. 116). Eine gewohnheitsrechtl. Regelung des Präsentationsrechtes verstößt demnach nicht gegen den Sinn d. Verwaltung.

[164]) Adlung, S. 10; Hamburger, S. 20/26; Lewinsky, S. 46 und Pharm. Ztg. 1926 Nr. 70 „Die Ap.-Konzessionen in Mecklenb.-Schwerin“.

das der Ausbildung eines Präsentationsrechtes nicht entgegengestanden, weil sicher ist, „daß die Gewerbefreiheit der Bildung eines Präsentationsrechtes nicht nur nicht entgegenstand, dieses ihr vielmehr wesenseigen ist“[165]. Auch die nach 1810 eingeführten Änderungen haben an dem persönlichen Charakter der Konzession nicht gerüttelt. Ebensowenig taten dies die Änderungen, die nach der angeblichen Wiederherstellung der völligen Reinheit der Konzession durch die Kabinettsorder von 1842 stattfanden; waren es doch dieselben Änderungen wie nach 1810. Auch nach Ansicht des Danziger Gerichts hat ja die Kabinettsorder von 1842 keine weitergehenden Anforderungen an den persönlichen Charakter der Konzession gestellt, als sie schon in dem Gewerbesteuer-Edikt enthalten waren. Ebensowenig ist ein Verbot der Bildung einer Konzession mit Präsentationsrecht in der Gewerbeordnung von 1845 enthalten. Diese hat nach herrschender Meinung in die für die Apothekenbetriebsrechte geltende Rechtslage nicht eingegriffen; der einschlägige § 54 des Gesetzes ließ vielmehr die Grundsätze, die bei Erteilung der Apothekenkonzessionen zu beachten waren, unberührt[166]. — Waren aber vor 1842 Änderungen vorgekommen und sogar teilweise durch Kabinettsorders sanktioniert worden, so war dieselbe Entwicklung auch nach 1842 möglich und zulässig. Denn auch durch die Kabinettsorder von 1846 ist an dem Charakter der Konzession als einer persönlichen und nach dem Ausscheiden des Berechtigten an den Staat zurückfallenden Gewerbeberechtigung nichts geändert worden. Trotz des Rechtes der Präsentation des Nachfolgers erhält letzterer die Konzession weiterhin von dem Staate.

Mangels Verbotes konnte sich daher gewohnheitsrechtlich eine Betriebsberechtigung mit Präsentationsrecht herausbilden, wenn alle Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes gegeben waren. Als solche werden angesehen a) mehrere Handlungen, b) Gleichförmigkeit, c) ununterbrochene Wiederkehr bei den dazu vorkommenden Gelegenheiten, d) durch eine lange Zeit, e) vermöge einer allgemeinen Rechtsansicht[167]. Diese Erfordernisse waren bei der Realkonzession gegeben. — Seit etwa 100 Jahren besteht nunmehr in Preußen ausnahmslos die Übung, dem von dem ausscheidenden Inhaber einer Realkonzession präsentierten qualifizierten Nachfolger die Betriebsberechtigung wieder zu erteilen. In den Kreisen der Apotheker herrscht die Überzeugung, daß der „Erwerb“ einer vor 1894 vergebenen Apothekenkonzession den Erwerb von nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich anerkannten Vermögenswerten bilde, sodaß das aufgewandte Kapital in einer durch die Rechtsordnung geschützten Weise angelegt sei und bei einem Verkaufe jederzeit wieder realisiert werden könne: mit anderen Worten, sie sind davon überzeugt, eine Apotheke mit dem Recht der Präsentation des Nachfolgers erworben zu haben. — Ebenso wie die Apotheker glaubten, der Rechtsordnung zu gehorchen, waren in gleicher Weise die Behörden von der rechtlichen Notwendigkeit ihres Handelns

---

[165]) Lewinsky, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 88 Abschn. II.

[166]) v. Gneist, S. 312; Hamburger, S. 31.

[167]) Vgl. Koch, Anm. 17 zu § VII d. Publikationspatentes von 1794.

überzeugt[168]. Denn es ist undenkbar, daß eine derartige Übung der Behörden durch einen so langen Zeitraum unausgesetzt und unangefochten durchgeführt worden wäre, wenn nicht auch auf Seiten dieser Behörden die Überzeugung bestanden hätte, daß die Übung dem Rechte entsprach[169].

Wenn das Urteil des Obergerichts Danzig es dagegen als unwahrscheinlich hinstellt, daß Behörden, die in ihren Erklärungen einen ausdrücklichen Vorbehalt der Wiedereinziehung der Konzession zum Ausdruck bringen, den Willen gehabt haben sollten, eine nicht wieder einziehbare Konzession zu erteilen, so ist über die Bedeutung dieser Wiedereinziehungsklausel das Nötige bereits ausgeführt, ebenso wie dort schon darauf hingewiesen ist, daß dieser Vorbehalt bei den Realkonzessionen keine andere Bedeutung haben könne wie auch derselbe bei den Privilegien[170]. Die Klausel besagt demnach lediglich, daß die Konzession, nämlich der Staatsakt, nicht mitverkauft werden kann, vielmehr von dem Staat jeweils eingezogen wird. Das bedeutet jedoch noch nicht die Unveräußerlichkeit des Unternehmens, denn infolge des Präsentationsrechtes muß ja die an den Staat zurückgefallene Konzession von neuem verliehen werden[171]. Die Verkäuflichkeit der Apotheke wird durch die Klausel daher nicht berührt[172]. Zutreffend wird hervorgehoben, daß sich trotz dieses Vorbehaltes die entgegengesetzte Übung allgemein durchgesetzt hat, daß also bei den Behörden eine Rechtsüberzeugung dahingehend bestanden hat, sie seien durch die Rechtsordnung verpflichtet, dem vorgeschlagenen qualifizierten Nachfolger die Konzession zu erteilen. Diese Erwägung ist umso wesentlicher, als es andernfalls unverständlich bleibt, warum während der ganzen Zeitdauer keine Rechte aus dem in den Konzessionsurkunden aufgenommenen Vorbehalt hergeleitet worden sind.

Der Bildung einer Konzession mit Präsentationsrecht durch Gewohnheitsrecht steht für die Zeit von 1846 an nach Ansicht des Danziger Gerichtes entgegen, daß die Kabinettsorder von 1846 als Verwaltungsanordnung zu betrachten ist: weil deswegen die Verwaltungsbehörden die Konzession nunmehr immer auf Grund dieses Dienstbefehls den präsentierten Nachfolgern verliehen hätten, habe auf Seiten der Verwaltungsbehörden die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit ihres Handelns nicht aufkommen können.

Diese Begründung des Urteils ist, wenn man die Kabinettsorder als Verwaltungsanordnung und als einzige Veranlassung zur Wiederaufnahme der vor 1842 gepflogenen Übung betrachtet, wegen der Gebundenheit der Verwaltungsbehörden an den Dienstbefehl rechtlich gewiß zutreffend. Denn die Übung darf nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als aus der Überzeugung ihrer rechtlichen Notwendigkeit[173].

---

168) Gewohnheitsrechtsbildung im Verw. Recht erfordert die Ueberzeugung der rechtl. Notwendigkeit des Handelns sowohl bei den Verw. Behörden wie bei den Gewaltunterworfenen (vgl. Schoen, a. a. O. S. 7).

169) v. Gneist, Ap.-Ztg. 1930 Nr. 101.

170) Siehe oben S. 43.

171) Siehe unten S. 71 f.

172) Ebenso Bornhak, Gutachten, S. 10.

173) Hatschek-Kurtzig, § 9 IV, 3 S. 60; Windscheid, Pandekten, Bd. 1 § 16 S. 70.

Lediglich Befolgung einer Dienstanweisung könnte daher ein Gewohnheitsrecht nicht begründet haben. Aber eine Betrachtung der Kabinettsorder von 1846, rein auf den positiven Inhalt dieses angeblichen Dienstbefehls abgestellt, wird den Tatsachen nicht gerecht. Ihre Hauptbedeutung liegt in der Anordnung, die seit 1842 geübte Praxis zu verlassen, wie sie ja nach dem oben erwähnten Ministerialerlaß vom 24. Januar 1852 die Kabinettsorder von 1842 überhaupt aufgehoben hat; was sie ferner an Positivem bringt — Rückkehr zu der vor 1842 geübten Praxis — ist ohne Bedeutung, denn etwas anderes kam überhaupt nicht in Frage. Die nunmehr einsetzende Übung knüpfte daher schon ohne weiteres — nur auf Grund der Anordnung, die zuletzt gehandhabte Art der Verleihung zu beenden — an die vor 1842 bestehende Verwaltungsübung an, nicht aber kam man erst und ausschließlich auf Grund der Kabinettsorder von 1846 zu der Verleihung einer Konzession mit Präsentationsrecht. Für diese Auffassung spricht auch der Inhalt der Zirkularverfügung vom 21. Oktober 1846, die sich zunächst eingehend über die Unhaltbarkeit des derzeitigen Zustandes ausläßt, um dann kurz und als selbstverständlich auf die frühere Praxis als die jetzt wieder gültige hinzuweisen[174]). Auf Grund dieser früheren Praxis hat sich ein Gewohnheitsrecht entwickeln können. Denn nunmehr mußten ja die Beteiligten die Auffassung gewinnen, daß die frühere und jetzt wieder eingeführte Regelung dem Rechte entsprach. — Im übrigen bleibt zu berücksichtigen, daß eine Verwaltungsanordnung zu ihrer Gültigkeit stets einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Wenn die Verwaltungsbehörden also entgegen dem früher Ausgeführten in der Kabinettsorder von 1846 wirklich eine Verwaltungsanordnung gesehen haben und ihr nur in dieser Eigenschaft nachgekommen sein sollten, so waren sie doch fraglos überzeugt, daß dieser Ausführungsanordnung, wie sie ja die Verwaltungsanordnung ist, eine gesetzliche Regelung zu Grunde lag, die sie befolgten, indem sie der Ausführungsanordnung nachkamen. Beruhte selbst diese Annahme auf einem Irrtum, so stand das der Bildung eines Gewohnheitsrechtes nicht im Wege. Durchaus gleichgültig sind nach Gierke die Gründe, die zu der Überzeugung geführt haben[175]). Er sagt weiterhin: „Der Kraft des Gewohnheitsrechtes tut solche Vorgeschichte so wenig Abbruch, wie der Irrtum des Gesetzgebers der Kraft des Gesetzes“[176]).

Das Urteil des Obergerichts Danzig wirft weiter die Frage auf, ob nicht, wenn man die Kabinettsorder von 1846 ihrem Wortlaut entsprechend als „Ermächtigung“ ansieht, der Minister durch seine Handlungsweise ein Gewohnheitsrecht gegründet habe. Es verneint jedoch auch diese Frage mit der Begründung, daß der Minister nur einmal, und zwar mit seinem Erlaß vom 21. Oktober 1846 in Tätigkeit getreten sei, er es damit also an einer Mehrzahl von Handlungen von einer bestimmten Beschaffen-

---

[174]) Auch die von Bornhak usw. vertretene Ansicht nimmt an, daß die Kab.-Order von 1846 nur einen äußeren Anlaß dazu bot, zu der vor 1842 geübten Praxis zurückzukehren (Bornhak, Gutachten, S. 14).

[175]) Gierke, DPR. Bd. 1 § 20 IV S. 167 ff.; Herrnritt, § 7 V N. 41 S. 96.

[176]) A. A. Windscheid, Pandekten, Bd. 1 § 16 N. 3.

heit habe fehlen lassen; das passive Geschehenlassen der Vollziehung seines Erlasses könne nicht die zur Bildung von Gewohnheitsrechten notwendige fortgesetzte positive Tätigkeit ersetzen.

Wenn es auf diese Frage nach den früheren Ausführungen auch nicht mehr ankommen dürfte, so mag noch kurz darauf hingewiesen werden, daß jedes Geschehenlassen auch positiv jedesmal eine Durchführung des einmal gegebenen Erlasses bedeutete; denn wäre diese Durchführung in einem einzelnen Falle unterblieben, so hätte der Minister seinem Erlaß durch Anordnung der Ausführung jeweils Geltung verschaffen müssen. Im übrigen ist aber auch der Erlaß vom 21. Okt. 1846 nicht die einzige Handlung des Ministers geblieben. Deutlich spricht der Ministerialerlaß vom 9. Mai 1851[177]) aus, „bei der Extrahierung und dem Erlaß der Allerhöchsten Ordre vom 5. Oktober 1846, sowie bei der sich darauf gründenden Zirkularverfügung vom 21. desselben Monats und Jahres hat hauptsächlich die Absicht vorgewaltet, den Besitzern konzessionierter Apotheken die freie Veräußerung derselben, soweit als dieses ohne der künftigen Gesetzgebung vorzugreifen geschehen kann, möglich zu machen . . .“ Der Ministerialerlaß vom 24. Januar 1852[178]) stellt ebenfalls ein Präsentationsrecht fest, indem er unter Bezugnahme auf die mittels Zirkularerlasses vom 21. Okt. 1846 bekanntgemachte Allerhöchste Order vom 5. Oktober 1846 ausspricht: „Die Königlichen Regierungen sind demgemäß allgemein ermächtigt, bei Erledigung einer Apothekenkonzession von der Eröffnung eines Konkurrenzverfahrens abzusehen und beim Ausscheiden eines nicht privilegierten Apothekers aus seinem Geschäft die Konzession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentierten Geschäftsnachfolger, sofern dieser vorschriftsmäßig qualifiziert ist, zu verleihen“. Auch die Ministerialerlasse vom 9. März 1852[179]), vom 15. Juni 1857[180]) usw. bis 1886 weisen alle auf die freie Verkäuflichkeit der Konzession im Sinne eines Präsentationsrechtes hin. Ebenfalls der Ministerialerlaß vom 21. Juli 1886[181]), der die zehnjährige Unverkäuflichkeit für die nunmehr zur Verleihung kommenden Konzessionsapotheken und „Maßnahmen gegen eine gewinnsüchtige Verwertung der Konzession“ brachte, erkennt dadurch umgekehrt die Veräußerlichkeit der bis dahin erteilten Konzessionen an, ebenso wie der Ministerialerlaß vom 5. Juli 1894[182]), der die Behörden anweist, in Zukunft Konzessionen mit dem Rechte der Präsentation eines Geschäftsnachfolgers nicht mehr zu erteilen. Endlich sei auch noch auf den neuen Erlaß des Justizministers vom 9. Juni 1920[183]) verwiesen, der von „vererblichen und veräußerlichen Konzessionen“ spricht. Alle diese Ministerialerlasse enthalten die Feststellung eines Präsentationsrechtes. Das fällt umsomehr ins Gewicht, als es sich hierbei nicht um einzelne Regierungsstellen untergeordneter Bedeutung handelt, sondern um die

---

177) Bei Adlung, S. 25/26.
178) Bei Lewinsky, S. 54; bei Pistor, S. 35.
179) Bei Lewinsky, S. 57.
180) Bei v. Gneist, S. 312; bei Lewinsky, S. 61.
181) Min. Bl. f. d. innere Verw. S. 161.
182) Min. Bl. f. d. Innere Verw. S. 119.
183) Urban, S. 299.

Auffassung der höchsten Behörden und zwar in einem langen Zeitraum, der gleichzeitig die heftigsten Versuche zur Beseitigung der sogenannten verkäuflichen Konzessionen aufwies. Man muß also feststellen, daß es an einer Mehrzahl von Handlungen auch bei der obersten Behörde nicht gefehlt hat und daß somit die von dem Danziger Gericht vermißte Übung dennoch, und sogar in erheblichem Maße, stattgefunden hat[184]). — Auch durch Gewohnheitsrecht hätte sich sonach eine Konzession mit Präsentationsrecht bilden können, wenn ein Präsentationsrecht nicht bereits durch positive Rechtsvorschriften geschaffen gewesen wäre[185]).

§ 3. Realkonzession und Ersitzung.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Konzession mit Präsentationsrecht von dem gesetzten Recht anerkannt ist, daß als ihre Grundlage aber ebenso Gewohnheitsrecht hätte in Frage kommen können. — Daneben wird ferner von Bornhak die Ansicht vertreten, daß die Apothekenbesitzer älterer Konzessionsrechte auch subjektiv die Veräußerlichkeit ihrer Apotheke ersessen haben[186]). Im Anschluß an Dernburg[187]), der die Ersitzungsmöglichkeit auf Rechte jeder Art, an denen Besitz möglich ist, erstreckt, (z. B. Ersitzung einer fremden Firma) wird ausgeführt, daß auch die Apotheke als ein ideelles persönliches Recht ersitzungsfähig gewesen sei[188]).

Die Möglichkeit einer Ersitzung als Rechtsgrundlage der Veräußerlichkeit für die vor 1894 errichteten Konzessionsapotheken wird von Klie[189]) bestritten mit dem auch in der genannten Entscheidung des Danziger Gerichts gebrachten Hinweis, daß die Rechtsziehungen zwischen dem Staat und dem Apotheker betreffs der Konzession dem öffentlichen Recht an=

---

[184]) Im Gegensatz zu dem Urteil d. Oberger. Danzig hat — ebenfalls in der Frage der Verkäuflichkeit von Konzessionsapotheken — das OLG. Hamburg in einer Entscheidung v. 6. Juli 1921 für Hamburg den Standpunkt eingenommen, es sei ein Gewohnheitsrecht anzunehmen dahingehend, daß die Genehmigung d. Behörde sich auf die Eignung der Person des Nachfolgers zu beschränken habe und daß dieses Gewohnheitsrecht sich durch derogatorische Usualinterpretation des Gesetzes und gegen seine verbindliche Kraft gebildet habe.

[185]) Vgl. hierzu die Stellungnahme d. preuß. Staatsreg., die sich aus der Bemerkung ihres Vertreters anläßlich d. Beratung des Stempelsteuerges. v. 1895 ergibt. Dieser erklärte: „Der Begriff der vererblichen u. veräußerlichen Konzession ist — vielleicht per nefas — durch die langjähr. Praxis entstanden, nunmehr aber als zurecht bestehend anerkannt insofern, als die Reg. verpflichtet ist, den präsentierten Nachfolger zu konzessionieren u. kein Recht besitzt, eine einmal konzess. Apotheke wieder zu beseitigen". (Mot. zum preuß. Stempelsteuerges. v. 1895). Vgl. auch die Ausführungen d. Reg. Vertreters, Oberreg. u. Medizinalrat Dr. Rothe, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 97 S. 1512.

[186]) Bornhak, Gutachten, S. 11.

[187]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. 1, § 173 S. 426.

[188]) Durch die Ersitzung (erwerbende Verjährung) wird ein Einzelrechtsverhältnis geschaffen, durch Gewohnheitsrecht entsteht objektives Recht.

[189]) Klie, S. 55.

gehörten und somit die Ersitzung öffentlichen Rechtes in Frage stehe. Klie leugnet — allerdings ohne Begründung — die Möglichkeit einer Ersitzung von öffentlichen Rechten, während das Danziger Obergericht die Möglichkeit einer solchen Ersitzung offen läßt. Aber auch für den Fall ihrer generellen Zulässigkeit lehnt dies Gericht die Ersitzung eines Präsentationsrechtes ab mit der Begründung, die Bedingungen für die Ersitzung öffentlicher Rechte könnten nicht geringer sein als diejenigen, welche das ALR. für die erwerbende Verjährung affirmativer Privatrechte aufgestellt habe; danach müsse aber bei den einzelnen Leistungshandlungen nicht nur der Wille des Berechtigten vorhanden gewesen sein, die Leistung als Recht zu fordern, sondern auch der Wille des Leistenden, die Leistung als Pflicht zu bewirken. Demzufolge ständen einer Ersitzung dieselben Gründe entgegen, die eine Bildung von Gewohnheitsrecht verhindert hätten.

Die Zulässigkeit der Ersitzung des Rechtes zur Ausübung eines genehmigungspflichtigen Gewerbebetriebes ergibt sich für das Geltungsgebiet des ALR. schon aus § 629 I 9 a. a. O., der ausdrücklich den Erwerb von Regalien durch ungewöhnliche Verjährung innerhalb 44jähriger Frist anerkennt[190]). Aber die Ersitzungsmöglichkeit bei Gewerberechten dürfte auch außerhalb des Geltungsgebietes des ALR. und ohne Beschränkung auf Regalien bestanden haben. Ohne auf eine räumliche oder sachliche Beschränkung hinzuweisen, sagt Dernburg[191]): „.... ablösbare ausschließliche Gewerberechte... sollen allmählich aussterben, sodaß sie durch Verjährung nicht mehr begründet werden können“. Andere als ausschließliche Gewerberechte konnten also nach Dernburg ersessen werden: ihre Ersitzung war jedoch, wie der erwähnte Satz gleichfalls bestätigt, nicht möglich, wenn derartige Gewerbeberechtigungen nach dem Gesetz nicht mehr erteilt werden durften oder aufgehoben oder für ablösbar erklärt sind[192]).

Die Zulässigkeit der Ersitzung von Gewerbegerechtigkeiten allgemein bedingt auch die Zulässigkeit der Ersitzung von Apothekengerechtigkeiten. Das gilt zunächst von Apothekenprivilegien. Deren Ersitzungsfähigkeit ist denn auch anerkannt[193]). Aber es gilt hier ebenfalls: die Ersitzung mußte in Preußen spätestens 1810 beendet sein, weil nur bis zu diesem Zeitpunkt Apothekenprivilegien verliehen werden durften.

Realkonzessionen dagegen durften in Preußen bis 1894 verliehen werden. Ihre Ersitzungsmöglichkeit hängt davon ab, ob sie echte subjektive Gewerberechte sind; denn Polizeikonzessionen können nicht ersessen wer-

---

[190]) Ebenso Jellinek, Verw. Recht, § 10, 4a S. 210 f.

[191]) Dernburg, Preuß. Privatr., § 173, 1 S. 426.

[192]) Ebenso Koch, ALR., Bd. 1 § 579, I, 9 N. 52. — Vgl. auch § 11 Pr. Allgem. GewO. v. 1845.

[193]) Vgl. Hamburger, S. 10. RG. 80, 25. Preuß. OVG. v. 19. Nov. 1908, Ap. Ztg. 1909 Nr. 22 u. Pharm. Ztg. 1908 Nr. 790. Vgl. auch RG. JW. 05, 218, wo ausgeführt wird, daß bei der unvordenklichen Verjährung die rechtserzeugende Kraft in der langen, die Vermutung der Rechtsmäßigkeit begründenden Dauer gleichmäßiger Rechtsausübung beruhe. — Radeke, S. 85 lehnt die Möglichkeit d. Ersitzung v. Ap.-Privilegien ab.

den[194]). — Im übrigen hat es sich bei den Realkonzessionen weniger um die Ersitzung der zum Betriebe eines genehmigungspflichtigen Gewerbes notwendigen Betriebserlaubnis selbst gehandelt. Denn die Konzession, d. h. die Befugnis zum Gewerbebetrieb, hat den Inhabern der Konzessionsapotheken älterer Art wohl in allen Fällen zugestanden: zur Zeit der Entstehung der Realkonzessionen durfte die Neuanlegung von Apotheken ja bereits nur mit behördlicher Erlaubnis erfolgen; mit dieser wurde aber zugleich die Betriebserlaubnis erteilt. Gegenstand der Ersitzung war vielmehr das Recht, das den fortdauernden Betrieb der Apotheke durch Möglichkeit der Bestimmung von Singular- bezw. Universalsukzessoren gewährleistete. Es handelte sich also um die Ersitzung des Rechtes zur Präsentation des Nachfolgers. Dieses Recht ist, wie noch darzulegen sein wird, ein subjektives Recht[195]): wenn es auch im öffentlichen Rechte wurzelt, so hat es sich doch zu einem Rechte ausgebildet, das der privaten Rechtsordnung untersteht. Gegen die Ersitzung eines solchen Rechtes aber dürften begründete Bedenken nicht bestehen, mag man auch die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Ersitzung der öffentlich-rechtlichen Betriebsberechtigung verneinen.

Im Einzelnen sind gemeinhin die Voraussetzungen der Ersitzung: eine ersitzungsfähige Sache, ein Erwerbstitel, guter Glaube, Besitz und Zeitablauf.

Hervorzuheben ist hierbei folgendes[196]): Sachen im Sinne des ALR. sind nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte. Auch Rechte konnten also ersessen werden, sofern sie des Besitzes fähig waren. — Der Besitz eines Rechtes wird nachgewiesen durch seine Ausübung. Ein affirmatives Recht konnte daher durch Verjährung nur insoweit erworben werden, als es in Besitz genommen, d. h. ausgeübt wurde. Die Ausübung bezw. Besitznahme bestand in der Abforderung der Handlung als einer fortdauernden Schuldigkeit und in der entsprechenden Leistung von der anderen Seite[197]). — Normalerweise war die Verjährung sowohl bei Mobilien wie bei Immobilien in 10 Jahren vollendet. Für die Ersitzung von Rechten war jedoch mindestens eine einmalige Ausübung in jedem Jahre darzutun. Rechte, welche nicht mindestens jährlich einmal regelmäßig ausübbar waren, konnten überhaupt nicht durch die ordentliche, sondern nur durch ungewöhnliche Verjährung erworben werden: im Falle der ungewöhnlichen Verjährung bedurfte es eines Erwerbstitels nicht[198]). Handelte es sich um eine erwerbende Verjährung gegenüber dem Fiskus, so betrug die Verjährungsfrist 44 Jahre, wobei anerkannt ist, daß der Ersitzungsbesitz des gutgläubigen Vorgängers sowohl dem Einzel- wie dem Gesamtnachfolger zugute kommt.

Danach haben die Inhaber von Apothekenkonzessionen die Veräußerlichkeit ihrer Apotheken im Sinne eines Präsentationsrechtes auch

---

194) OVG. 77, 416.

195) Siehe unten S. 71 ff.

196) Vgl. zu Nachstehendem: Dernburg, Preuß. PR. Bd. 1 §§ 173 ff.

197) Dernburg, a. a. O. § 161 S. 390; Koch, ALR. Bd. 1 § 80 I, 7 Anm. 58 u. 59; v. Rönne, ALR. Bd. 1 § 80 I, 7 S. 385 ff.

198) Dernburg, a. a. O., § 175 S. 432 u. § 178 S. 437.

durch Verjährung erwerben können. Ein derartiger Erwerb ist nach den vorstehenden Ausführungen zulässig. Den guten Glauben wird man den Apothekern nicht absprechen können, weil sie immer ein Recht auf Verfügung über ihre Apotheken zu besitzen geglaubt haben und in diesem Glauben durch die Praxis und durch gesetzliche Bestimmungen bestärkt worden sind. Von einer mala fides superveniens kann ebenfalls nicht die Rede sein. Denn die Inhaber der nach 1810 errichteten Apotheken waren etwa seit dem dritten Jahrzehnt[199]) des 19. Jahrhunderts von ihrem guten Rechte zur Veräußerung ihrer „Konzession" überzeugt; stets haben sie den Versuch, ihre Konzessionen als persönliche und unübertragbare Betriebsrechte zu behandeln, als einen rechtswidrigen Eingriff und als beabsichtigte Vermögenskonfiskation betrachtet[200]), und stets haben sie diesen Standpunkt unter Nachgeben der Regierung dieser gegenüber mit Erfolg vertreten.

Das zum Besitz, bezw. bei der Ausübung des Rechtes der Veräußerlichkeit notwendige Erfordernis der rechtlichen Überzeugung ist gleichfalls gegeben. Es kann m. E. nicht zweifelhaft sein, daß bei den einzelnen Leistungshandlungen nicht nur der Wille der berechtigten Apotheker vorhanden war, die Leistung als Recht zu fordern, sondern ebenso der Wille der verpflichteten Verwaltungsbehörden, die Leistung als Pflicht zu bewirken. Denn auch die Verwaltungsbehörden haben bei der Erteilung der Konzession an den präsentierten Nachfolger stets geglaubt, den bestehenden Rechtszustand zu verwirklichen; sie mußten dies sogar annehmen, da Kabinettsorders und Ministerialerlasse diese Auffassung bestätigten. Wenn das OG. Danzig einen Erwerb durch Verjährung verneint mit dem ganz allgemein gehaltenen Satze, daß dem dieselben Schwierigkeiten entgegenständen, welche die Bildung von Gewohnheitsrecht verhindert hätten, so dürfte das nach vorstehenden Ausführungen nicht zutreffend sein, ganz abgesehen davon, daß auch der Bildung von Gewohnheitsrecht die von dem Gericht angezogenen Hindernisse nicht entgegengestanden haben.

Nach seiner Natur ist das Recht der Veräußerlichkeit, d. h. das Präsentationsrecht nicht dazu bestimmt, regelmäßig in jedem Jahre ausgeübt zu werden. Es konnte daher nur durch ungewöhnliche Verjährung erworben werden. Deswegen bedurfte es hierzu auch nicht eines Titels. Da es sich infolge der Ersitzung der Veräußerlichkeit jedoch um die Ersitzung eines Rechtes gegen den Fiskus handelte, war zu seiner Ersitzung die Ausübung dieses Rechtes bei jedem Besitzwechsel innerhalb eines Zeitraumes von 44 Jahren erforderlich.

Ist hiernach die Möglichkeit, eine Veräußerungsfreiheit zu ersitzen, grundsätzlich auch zu bejahen, so kann ihr doch wegen der dazu erforderlichen langen Frist keine große Bedeutung zukommen. Die freie Veräußerlichkeit der Konzessionsapotheken begann erst etwa 1830 bezw. erst 1846; wegen der 44jährigen Ersitzungsfrist ist eine Ersitzung demnach kaum in Frage gekommen, weil 1894 bereits die sog. unverkäuflichen Apothekenkonzessionen eingeführt worden sind.

---

199) Vgl. v. Gneist, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 63 Abschn. I.
200) Bornhak, Gutachten, S. 12.

Klie weist noch darauf hin, daß, wenn auch eine Ersitzung des Präsentationsrechtes nicht möglich sei, doch zweierlei dieser Rechtsinstitution im Ergebnis sehr nahe komme: Unvordenklichkeit, ferner das alle Behörden bindende Verbot der Willkür[201]. Auf diese beiden Institutionen braucht hier jedoch nicht näher eingegangen zu werden, weil es sich bei ihnen nicht um einen eigentlichen Erwerbstitel der Verkäuflichkeit der Konzessionsapotheken älteren Rechtes handelt[202].

§ 4. Ergebnis.

Außer dem gesetzten Recht und dem Gewohnheitsrecht ist somit auch das Institut der Ersitzung geeignet, als rechtliche Grundlage für die freie Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Realkonzessionen im Sinne eines Präsentationsrechtes zu dienen. Dementsprechend steht wohl auch die gesamte neuere apotheken-rechtliche Literatur auf dem Standpunkt, daß die „Realkonzession" genannte Gewerbeberechtigung des Apothekenrechts in der Rechtsordnung ihre Grundlage findet, und nicht nur auf Verwaltungsbrauch beruht[203]. Doch ist mit der in der Literatur herrschenden Meinung anzunehmen, daß das Präsentationsrecht auf der gültigen gesetzlichen Bestimmung der Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846 fußt[204].

---

201) Klie, S. 55.

202) Dernburg, Pandekten, Bd. 1 § 85 S. 194 u. § 160 S. 370; Deichmann, S. 28; Hamburger, S. 8/9. RG. v. 2. 4. 1905, Pharm. Ztg. 1905 Nr. 69; OLG Naumburg v. 21. Juni 1906, Pharm. Ztg. 1907 Nr. 10.

203) Adlung, S. 12; Bornhak, Gutachten, S. 9 u. 13; Hamburger, S. 26; Klie, S. 55 u. 11; Lewinsky, S. 156/157; ders., Ap.-Ztg. 1928 Nr. 3 Abschn. II u. III u. Ap.-Ztg. 1929 Nr. 88; Urban, S. 271 Anm. 2, vgl. auch S. 78 Anm. 4. — Siehe auch Urteil des LG. Schwerin v. 31. Okt. 1929, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 91.

204) Das Recht der beschränkten Vererblichkeit und Veräußerlichkeit im Sinne der §§ 4 und 5 der revidierten Apothekerordnung war bereits durch die Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827 zugestanden. Ferner war durch die Kabinettsorder vom 23. Dezember 1843 die unbeschränkte Vererbung auf jeden als Apotheker qualifizierten Sohn oder Enkel gestattet worden. Endlich brachte die Kabinettsorder vom 21. Oktober 1844 das Recht zur Uebertragung der Konzession auf den neuen Ehemann der Witwe, sofern er qualifizierter Apotheker war. Würde also auch die freie Veräußerlichkeit der älteren Konzessionsapotheken nicht anerkannt, so blieben doch die Rechte aus den genannten Kabinettsorders bestehen. Zwar sind auch die Kabinettsorders vom 23. Dezember 1843 und 21. Oktober 1844 in der Gesetzessammlung nicht veröffentlicht; doch wird man ihre Gültigkeit noch weniger in Zweifel ziehen dürfen als die der Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846. Was über die Gültigkeit der letzteren gesagt ist, gilt auch für die beiden zuerst genannten. Vor allem ist hier in Betracht zu ziehen, daß die beiden Kabinettsorders vor dem Publikationsedikt vom 3. April 1846 ergangen sind. Weil dessen Regelung nur für die künftig zu erlassenden Gesetze galt, muß andererseits daraus geschlossen werden, daß die vor dem 3. April 1846 erlassenen Willensakte des Königs Gesetzeskraft haben sollten, sofern eine gegenteilige Absicht nicht zu erkennen war. Daher hat auch das Reichsgericht die Gültig-

Abschnitt II: Die Natur der Realkonzession.

§ 1. Die Realkonzession als subjektives Recht.

Bereits bei der Prüfung der Möglichkeit einer Ersitzung der Realkonzession ist die Frage berührt worden, ob dieses Betriebsrecht eine subjektive Rechte gewährende echte Konzession oder eine gewerbepolizeiliche Genehmigung darstellt. Nach der überwiegenden, wohl herrschenden Meinung, sind wenigstens die Realkonzessionen und die Personalkonzessionen keine echten Konzessionen[205]). Von gewichtigen Stimmen wird jedoch die gegenteilige Ansicht vertreten[206]).

Theoretisch ist die Realkonzession sowohl als echte Konzession wie als gewerbepolizeiliche Genehmigung denkbar, wie das schon aus dem Streit über ihr Wesen ersichtlich ist.

Aus der gleichlautenden Bezeichnung „Konzession" läßt sich die rechtliche Übereinstimmung der sämtlichen unter diesem Namen bestehenden Erscheinungen nicht ableiten. Denn der Ausdruck Konzession wird sowohl für Rechte aus der Verleihung eines Unternehmens als auch für die aus der Polizeierlaubnis fließenden Befugnisse gleichermaßen verwendet. — Auch eine Betrachtung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Apothekenbetriebsberechtigungen gibt keinen zuverlässigen Aufschluß darüber, ob die Realkonzession ein subjektives Recht ist oder nicht. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Apothekenkonzession um das Jahr 1840 oder 1846 eine ganz andere war, als die Konzession unmittelbar nach der Einführung des Gewerbesteuer-Edikts. Die Änderungen, denen sie im Laufe der Zeit unterworfen war, haben ihre Natur fraglos stark zu ändern vermocht.

Es bleibt somit nur übrig, die Natur der Realkonzession aus ihren Rechtswirkungen zu bestimmen. Dazu bedarf es jedoch noch einer näheren Betrachtung des Inhalts der Realkonzession.

A.) Die Bestandteile der Realkonzession.

Betrachten wir zunächst die Apothekenprivilegien. Hier steht unstreitig fest, daß die in ihnen, d. h. in den anerkanntermaßen durch Verleihung entstandenen Apothekengerechtigkeiten erteilten Rechte nicht alle gleich gewesen sind. So gibt es, bezw. gab es Apothekenprivilegien,

---

keit von Kabinettsorders für die Zeit vor 1846 nicht von ihrer Verkündung in der Gesetzessammlung abhängig gemacht. Die beiden Kabinettsorder sind daher noch gültige Gesetze; würde also auch die freie Veräußerlichkeit an jeden qualifizierten Apotheker aufgehoben, so blieben dennoch die durch die Kabinettsorders vom 9. Dezember 1827, vom 23. Dez. 1843 u. v. 21. Okt. 1844 gegebenen Rechte unberührt.

205) Vgl. z. B. Deichmann, S. 66; v. Gneist, S. 517; Hamburger, S. 12; Urban, S. 296. KG. Ap.-Ztg. 1929 Nr. 70; OVG. in Staatssteuersachen Bd. 6, 100; RFH. 18, 120.

206) O. Mayer, (2. Aufl.) Bd. 2 § 39 N. 3 S. 182; Lewinsky, S. 140, 143 und 155; ders. Ap.-Ztg. 1929 Nr. 88 Abschn. III; Holstein, Realkonzessionen u. Reichsverfassung, Ap.-Ztg. 1931 Nr. 71; Schlockow-Roth-Leppmann, Der Kreisarzt, S. 142. Vgl. ferner Evers, Pharm. Ztg. 1929 Nr. 90.

die entweder an eine Person oder an ein Grundstück geknüpft waren; es gab ferner Privilegien rein persönlicher Natur, weiterhin nur vererbliche, endlich vererbliche und veräußerliche Privilegien; häufig war ein Verbietungsrecht, d. h. ein sogenanntes Exklusivrecht beigegeben. — Waren aber die Privilegien nicht alle gleichen Inhalts, so kann die Tatsache allein, daß sie auf einer Verleihung beruhen, nicht die Ursache für ihre voneinander verschiedene Ausgestaltung, damit auch nicht für die ihnen in kleinerem oder größerem Umfang zugestandenen Rechte sein. Sonst wären ja alle Privilegien, weil aus einer Verleihung hervorgegangen, gleichen Inhalts. Notwendig müssen vielmehr die verschiedenen Rechte im Einzelnen verliehen sein, und zwar neben der allgemeinen Erlaubnis zum Betrieb, die jeder der genannten Privilegformen eigen war. — Es ist also bei den Apothekenprivilegien zu scheiden zwischen der Betriebserlaubnis und den etwa mit ihr zugleich verliehenen besonderen Rechten[207]. Das hindert nicht, daß die besonderen Rechte und die Betriebserlaubnis aufs engste miteinander verbunden sind; eine äußerst enge Verbindung ist sogar die notwendige Folge ihrer Entstehung, die in einem einzigen Staatsakt erfolgt.

Die gleiche Erscheinung findet sich bei der Konzession mit Präsentationsrecht. Bei der Untersuchung ihrer rechtlichen Grundlagen hat sich ergeben, daß die Realkonzession kein Rechtsgebilde aus einem Guß ist; sie enthält vielmehr zwei verschiedene Bestandteile, das Betriebsrecht und das Präsentationsrecht.

Schon äußerlich ist diese Zusammensetzung aus ihrem weiteren Namen „Konzession mit Präsentationsrecht" zu erkennen. Auch durch die geschilderte Entwicklung der Realkonzession wird sie belegt: in ihrer ursprünglichen Gestalt besaß die Realkonzession nach der herrschenden Auslegung der Gesetzgebung ein Präsentationsrecht nicht; sie hat dieses erst im Laufe ihrer rechtlichen Entwicklung erlangt. Endlich ergibt sich die Uneinheitlichkeit der Realkonzession aus der möglichen unterschiedlichen Behandlung von Betriebsrecht und Präsentationsrecht im Falle des Todes eines Realkonzessionars.

Zwar sind Präsentationsrecht und Betriebsrecht grundsätzlich auf das engste miteinander verbunden, weil auch sie ihre Entstehung einem einheitlichen Staatsakt verdanken. Der Inhaber der Betriebserlaubnis wird in der Regel auch Inhaber des Präsentationsrechtes sein und bei einem Erwerb durch Rechtsgeschäft steht dem Erwerber die Betriebserlaubnis und das Präsentationsrecht sogar regelmäßig zusammen zu. Aber eine Ausnahme kann in dem Falle eintreten, wenn der verstorbene Inhaber einer Realkonzession eine Witwe und zugleich minderjährige Kinder hinterläßt. Für diesen Fall ist durch die Kabinettsorder vom 9. Dezember 1827, welche die §§ 4 und 5 revidierte Apothekerordnung auf die Realkonzession für entsprechend anwendbar erklärt, eine besondere Regelung getroffen. Danach ist Trägerin der Konzession die Witwe[208].

---

[207]) Ebenso Lewinsky, S. 150; Radeke, S. 50. Radeke bezeichnet diese besonderen Rechte als „Privilegialrechte" (S. 115).

[208]) Anders Schultzenstein „Konzession u. Erbrecht", Verw.-Arch. Bd. 10, S. 121. Er schreibt für die verwandte Vorschrift des § 46 RGewO.

Das Präsentationsrecht dagegen steht allen (also auch großjährigen) Erben gemeinschaftlich zu[209]. Denn die Betriebserlaubnis kann als persönliche Berechtigung immer nur einer individuellen Person zugehören; sie besitzt nicht erbrechtliche Natur[210]. Das Präsentationsrecht dagegen bildet einen Teil des Nachlasses und eignet somit der Erbengemeinschaft. Im Falle endlich die Witwe nicht Erbin ist, darf sie dennoch die Betriebserlaubnis nutzen, d. h. sie darf die Apotheke verwalten lassen. An dem Präsentationsrecht hat sie jedoch keinen Teil; hierüber haben ausschließlich die Erben zu verfügen. Denn § 4 der revidierten Apothekerordnung von 1801 gibt die Fortsetzungsbefugnis schon der „Witwe", macht diese Befugnis also nicht abhängig von ihrer Erbenqualität[211]. Unzweideutig ergibt sich diese Trennung von Konzession und Präsentationsrecht aber aus folgendem: stirbt der Inhaber einer Realkonzession unter Hinterlassung von nur volljährigen (nichtapprobierten) Erben, so ist ganz unbestritten, daß ihnen keine Vorschrift eine eigene Betriebserlaubnis zugesteht, während andererseits gleichfalls unbestritten ist, daß sie hingegen präsentationsberechtigt sind. — Die Betriebserlaubnis folgt also öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, dagegen das Präsentationsrecht erbrechtlichen, also privatrechtlichen Regeln[212].

Kann sich mithin die Betriebserlaubnis der Realkonzession in der einen Hand, das Präsentationsrecht in einer anderen Hand befinden, so

---

die Betriebserlaubnis den darin Genannten gemeinschaftl. zu. Das mag auf sich beruhen. Für die Ap. Konzession trifft diese Gemeinschaftlichkeit jedenfalls nicht zu. Hinsichtl. d. Betriebserlaubnis findet Erbrecht keine Anwendung, sondern nur hinsichtl. der Anteile an den Einkünften bei der Ausübung d. Ap.-Betriebes (vgl. RG. v. 30. 1. 1922 = Ap.-Ztg. 1922 Nr. 16 = v. Gneist, S. 507). — Vgl. auch d. Fall in der Entsch. d. OLG. Karlsruhe v. 27. 10. 1927 = Ap.-Ztg. 1928 Nr. 23 S. 379. Hier stand d. Betriebserlaubnis unzweifelhaft d. Witwe allein zu, doch hatten alle Erben teil an den Einkünften entspr. ihrem Anteil am Nachlaß.

209) Vgl. Kab.-Order v. 5. 10. 1846 sowie Min. Erlasse v. 21. 10. 1846 und 24. 1. 52.

210) RG. Ap.-Ztg. 1922 Nr. 16 S. 167.

211) Ebenso z. B. Lewinsky, S. 184; Radeke, Ap. Ztg. 1915 Nr. 80. — A. A. Hamburger. S. 65; anscheinend auch RG. Ap.-Ztg. 1922 Nr. 16 S. 167 und Min. Erl. v. 18. 12. 1824. — M. E. ist die Frage anhand der verwandten Vorschrift von § 46 RGewO. zu beantworten (ebenso Radeke, a. a. O.) Die in ihr genannte „Witwe" braucht n. herrsch. Meinung nicht Erbin zu sein. (Vgl. Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 3; Illing-Kautz, Handb. f. Verw. u. Wirtschaft, Bd. 4, § 46 RGewO. N. 2 a. E.) Diese Bestimmung scheidet nicht etwa aus, wie Hamburger, JW. 32, 3311 meint; denn die Fortsetzung einer Apotheke durch die Witwe u. minderjähr. Kinder ist keine „Errichtung". Die Genannten bedürfen keiner neuen Konzession. Ihre Konzession ist bereits in der Konzession d. Ehemannes bezw. Vaters enthalten.

212) Ebenso Hamburger, Besprechung JW. 1931, 1480; Lewinsky, S. 148/150; Oberger. Danzig v. 27. 10.1926 (Ap.-Ztg. 1926 Nr. 94 S. 1310); vgl. auch Kab.-Order v. 5. 10. 1846 und Min. Erl. v. 21. 10. 1846. — A. A. OVG. 82, 29; KG. v. 3. Juli 1929 (Ap.-Ztg. 1929 Nr. 70).

muß anerkannt werden, daß die Betriebserlaubnis und das Präsentationsrecht zwei rechtlich voneinander zu trennende Bestandteile einer und derselben Rechtserscheinung sind[213]). Damit erweitert sich die zu beantwortende Frage dahin: liegt das nachzuweisende subjektive Recht in der Erlaubnis oder in dem Präsentationsrecht?

B.) **Betriebserlaubnis, Präsentationsrecht und subjektives Recht.**

a) **Betriebserlaubnis und subjektives Recht.**

Zum Angriff „Apotheke" gehört die Erlaubnis zum Apothekengewerbebetrieb. Die Erlaubnis macht das Unternehmen erst zur Apotheke; ohne sie ist die Ausübung des Apothekengewerbes nicht gestattet. Einer Erlaubnis zum Betriebe einer Apotheke bedarf es also in jedem Falle, gleich, um welche der drei eingangs genannten Apothekenbetriebsformen es sich handelt.

Ist die Betriebserlaubnis ein subjektives Recht? — Das ist zu verneinen, wenn die Betriebserlaubnis der Realkonzession eine Polizeikonzession ist; denn mit der m. E. richtigen Ansicht ist zu sagen, daß eine Polizeikonzession zum Betriebe eines Gewerbes kein subjektives Recht, sondern nur eine Befugnis begründet[214]). Aber auch die Apothekenbetriebserlaubnis, die im Apothekenprivileg erteilt wurde, kann m. E. kein subjektives Recht sein.

1.) Radeke leugnet, daß die Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes jemals ein subjektives Recht sein könne. Er sagt, daß mit dem

---

[213]) Wohl ebenso Lewinsky, S. 145/146; vgl. auch die unten in Anm. 234 dargelegte Ansicht Jellineks.

[214]) Die Frage, ob die sog. Grundrechte od. Freiheitsrechte ein subjektives Recht gewähren, ist stark umstritten. Bejaht wird diese Frage z. B. v. Jellinek, Verw.-Recht, § 9 IV, 4c S. 197, verneint dagegen von O. Mayer, Bd. 1 § 10 II, 1 S. 108 u. von Fleiner, § 12 II, 1 S. 172, der sie Reflexrechte nennt. Speziell für die Aeußerungsmöglichkeit der natürlichen Handlungsfreiheit auf gewerblichem Gebiet wird sie bejaht von Bühler („Die subjektiven öffentl. Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung", S. 234 u. 240 u. „Zur Theorie des subjektiven öffentl. Rechts", S. 11 ff.); Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, § 82, V S. 713; Löning, Lehrb. d. deutsch. Verw.-Rechts, S. 11 ff.; Rehm, Die rechtl. Natur der Gewerbskonzession, S. 10 u. 17 ff.; v. Sarwey (Das öffentl. Recht u. die Verwaltungsrechtspflege, § 43 S. 500 u. § 45 II, 3 S. 524 sowie Allgem. Verw. R. in Marquardsen, Handb. des öffentl. Rechts d. Gegenwart, Bd. I, 2 S. 145). Kein subjektives Recht gewähren die Aeußerungsmöglichkeiten der natürlichen Handlungsfreiheit auf gewerbl. Gebiete nach Hatschek-Kurtzig, § 22 I, 3 S. 154 ff.; Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 110/111; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 3 § 78; v. Landmann-Rohmer, § 1 RGewO., Anm. 2b S. 73 ff.; v. Seydel, Das Gewerbepolizeirecht nach der RGewO. S. 69; Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, S. 7 f. — Richtig ist m. E. letztere Ansicht. Die Handlungsfreiheit bildet einen Teil der menschlichen Handlungsfähigkeit. Diese ist dem Menschen nicht erst durch das Recht gegeben: der Mensch hat sie von Natur aus. Diese Handlungsfähigkeit ist durch die Rechtsordnung in weitgehendem Maße anerkannt. Das Recht gewährt den Aeußerungsmöglichkeiten des

Tode einer Person die ihr erteilte Erlaubnis untergehe, denn ihre Handlungsfreiheit höre mit dem Tode auf. Auch wenn durch die (im Wege der Verleihung erteilte) Erlaubnis die Rechtsfähigkeit einer Person erweitert werde, so könne doch diese erweiterte Rechtsfähigkeit nicht auf andere Personen übertragen werden, da auch sie mit der Person untergehen müsse[215]).

---

menschlichen Willens denjenigen Spielraum, der das materielle Wohl der Allgemeinheit am meisten fördert. Dagegen versagt es der Handlungsfähigkeit rechtliche Anerkennung insoweit, als ihre Betätigung dem Allgemeinwohl widersprechen würde; die Befugnis zur Vornahme solcher Handlungen ist durch die Rechtsordnung also entzogen. Die Sphäre der anerkannten Handlungsfähigkeit bildet die Handlungsfreiheit. Handlungsfreiheit ist also die natürliche Handlungsfähigkeit, soweit sie rechtlich anerkannt ist. Da die Handlungsfreiheit demnach einen Ausschnitt der Handlungsfähigkeit bildet, ist auch sie eine natürliche Befugnis. „Eine natürliche Befugnis ist eine vom Recht nicht untersagte Ausübung der natürlichen Handlungsfähigkeit" (Laband, Staatsrecht, Bd. 3 § 78 S. 207 N. 1). Die Gewerbefreiheit wiederum ist nur ein Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit; auch sie ist daher eine natürliche Befugnis und kein subjektives Recht. „Gewerbefreiheit ist kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern nur die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit inbezug auf gewerbliche Tätigkeit" (Laband, a. a. O.) — Auch der Satz: Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet . . . (§ 1 RGewO.) bedeutet keine objektivrechtliche Anerkennung eines subjektiven Rechts der Gewerbefreiheit. (v. Landmann-Rohmer, a. a. O. S. 73). Durch den § 1 RGewO. ist lediglich das System der Gewerbefreiheit und der freien Konkurrenz zum Prinzip erhoben; er dokumentiert nur die Ablösung des Konzessionssystems durch das System der Gewerbefreiheit. Keineswegs sollte dadurch jedem Staatsbürger der Rechtsanspruch verliehen werden, ohne Rücksicht auf die fortschreitende Gesetzgebung zur Ausübung eines Gewerbes zugelassen zu werden (vgl. OVG. 6,265 sowie 11, 307). — Die Gewerbefreiheit ist allerdings nicht restlos durchgeführt. Rücksichten auf das Allgemeinwohl zwingen zu polizeilichen Beschränkungen. Durch sie wird die Ausübung der natürlichen Freiheit unter die Aufsicht der Behörde gestellt; Mittel der Aufsicht ist das Polizeiverbot. Befreiung hiervon wird durch die Erlaubnis erteilt. Durch das Polizeiverbot ist die Handlungsfreiheit also nicht vernichtet. Das zeigt sich darin, daß ein Gebrauchmachen von der Handlungsfreiheit ohne Genehmigung d. Behörde nicht nichtig ist. Die Genehmigung ist also nur die Vorbedingung der Aeußerung des natürlichen Könnens. Sie hat danach ebensowenig einen eigenen positiven Rechtsinhalt wie die Gewerbefreiheit. Sie ist nur die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit inbezug auf gewerbliche Tätigkeit. — Weder die Gewerbefreiheit noch die auf einer Erlaubnis beruhende Gewerbebefugnis begründet daher ein subjektives Recht. Beide sind nur Aeußerungsmöglichkeiten der natürlichen Handlungsfreiheit. Eine Erweiterung der Rechtssphäre, d. h. die Mehrung der subjektiven gewerbl. Rechte einer Person kann daher nur durch Verleihung erfolgen.

[215]) Radeke, S. 124 ff., insbes. S. 126.

M. E. ist Radeke insoweit beizupflichten, als er der durch Verleihung erteilten Gewerbeerlaubnis Vererblichkeit und Veräußerlichkeit, d. h. Übertragbarkeit durch Private abspricht[216]). Das Betriebsrecht aus der Verleihung folgt öffentlichrechtlichen Grundsätzen. Denn mit ihm ist im öffentlichen Interesse eine Betriebspflicht verbunden[217]). Weil diese ohne das Betriebsrecht nicht erfüllt werden kann, ist eine freie Verfügung über das Betriebsrecht nicht zugelassen. Daraus folgt, daß die Betriebsberechtigung persönlich ist[218]). Sie gilt nur für den Beliehenen[219]); sie mag daher auch als persönliches Privileg bezeichnet werden[220]).

Weil das Betriebsrecht persönlich ist, bleibt das Unternehmen als solches von Natur aus grundsätzlich unübertragbar; soll darüber verfügt werden, so bedarf es zur Wirksamkeit der Verfügung einer Genehmigung des Verleihers. Daher setzt ebenso wie ein Verzicht auch eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Unternehmens eine Zustimmung, d. h. eine Entlassung des bisher aus der Verleihung Berechtigten und Verpflichteten von der Betriebspflicht und eine Annahme des Rechtsnachfolgers durch den Verleiher voraus[221]). Wo sie nicht erteilt wird, bleibt das Unternehmen als solches unübertragbar. Wird sie dagegen erteilt, so erwirbt der Nachfolger das Unternehmen zwar als solches, das Betriebsrecht erhält er aber nicht von seinem Vorgänger, sondern vom Staate. Denn der Unterschied zwischen einem Unternehmen, über das als solches verfügt oder nicht verfügt werden kann, liegt darin, ob die Zustimmung des Verleihenden gegeben ist oder nicht. Erst durch die Zustimmung erhält danach der Vertragsgegner des Verfügenden die Berechtigung zum Betriebe. Die Zustimmung enthält also die Betriebsberechtigung. Da sie von dem verleihenden Staat erteilt wird, erhält der Erwerber mithin auch die Betriebsberechtigung von dem verleihenden Staate. Mit der Genehmigung wird somit dem Rechtsnachfolger zugleich mit der persönlichen Betriebspflicht das dazu erforderliche Betriebsrecht durch den Staat übertragen.

Die Verleihung der Betriebserlaubnis kann jedoch ausdrücklich oder stillschweigend für den Beliehenen **und** für seine Rechtsnachfolger ergehen. Das geschieht vor allem in den Fällen, in denen der Wegfall des Beliehenen sicher zu erwarten steht, das Unternehmen aber aus irgend welchen Gründen erhalten bleiben soll. Lewinsky sagt: „Die Verleihung kann nämlich nicht nur für den Beliehenen selbst, sondern von vornherein auch schon für alle seine Rechtsnachfolger in dem Unternehmen erfolgen, also nicht nur für die persona certa des Beliehenen, sondern

---

216) Radeke, S. 127/128.

217) Vgl. zu den folgenden Ausführungen Otto Mayer, Bd. 2 § 50.

218) Hatschek-Kurtzig, § 43 I, 1 S. 386.

219) Der Fall d. Privilegierung eines Grundstücks (Verleihung einer subj. dingl. Gerechtigkeit) soll hier ausscheiden, weil hierbei Träger d. Erlaubnis das Grundstück ist, somit bei einem Uebergang des Unternehmens nicht Träger d. Erlaubnis wechselt. (Vgl. Gierke, DPR. Bd. 2 § 101 III, 2 S. 15; Siméon, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. I, 1 § 21 Anm. 1 u. § 22 I, 4b).

220) Otto Mayer, Bd. 2 § 50 Anm. 11.

221) Hatschek-Kurtzig, § 43 I, 2 S. 387; Otto Mayer, a. a. O., S. 262.

auch für die persona incerta aller Rechtsnachfolger des konzessionierten Unternehmens, seien sie Universal- oder Singularsukzessoren"[222]). Der Übernehmer bedarf in diesem Falle also nicht noch einmal der Erlaubnis zum Betriebe. Sie ist in der Erlaubnis für den Erstbeliehenen mitenthalten; seine sämtlichen Rechtsnachfolger sind gleichzeitig bedingt mitkonzessioniert. Im Augenblicke des Erwerbes des Unternehmens ergreift die Erlaubnis die Person des Nachfolgers und wird für ihn gültig. Einer besonderen Übertragung der Betriebserlaubnis auf den Erwerber durch den bisher Berechtigten oder den Verleiher bedarf es also nicht mehr; sie ist sogar nicht mehr möglich[223]).

Zu demselben Ergebnis der Unveräußerlichkeit hinsichtlich der Betriebserlaubnis von Apothekenprivilegien kommt Lewinsky[224]). Er begründet die Unveräußerlichkeit der Betriebserlaubnis des Privilegs mit ihrer Eigenschaft als Staatsakt. Er sagt von dem Inhaber eines Privilegs: „Er verkauft auch beim veräußerlichen Privileg natürlich nicht den Staatsakt; denn ein Apotheker kann — weil er nicht Staatsbehörde — begrifflich keinen Staatsakt schaffen, sondern er bestimmt auf Grund der im Privileg verliehenen Gerechtsame seinen Rechtsnachfolger". Und von der Realkonzession, aber auch für das Apothekenprivileg geltend, sagt er: „Ist die Konzession ein Staatsakt, von welcher rechtlichen Tragweite er auch immer sei, so ist eine solche Konzession begrifflich dem privaten Rechtsverkehr entzogen. Ein Staatsakt kann unmöglich verkäuflich sein, und wird eine Vergütung mit der Verleihung eines Staatsaktes verbunden, so könnte naturgemäß nur die verleihende Staatsbehörde diese Vergütung fordern".

---

[222]) Lewinsky, S. 75.

[223]) Radeke, S. 130 leugnet die Lehre Otto Mayers, daß eine Betriebserlaubnis bedingt für sämtl. Nachfolger erteilt werden könne. Er nimmt ein Privilegialrecht an, das den Inhaber des Privilegs berechtigt, ein Privileg selbst zu verleihen, d. h. neben den Privilegialrechten, die sich nach ihm als Polizeikonzession darstellende Erlaubnis zum Betriebe an den Nachfolger selbst zu erteilen. — Diese Ansicht ist m. E. unhaltbar. Das folgt zwar nicht aus der Bestimmung des § 7 Ziff. 5 der RGewO., wonach u. a. die einzelnen Personen zustehende Berechtigung, Konzessionen zu gewerblichen Anlagen oder zum Betriebe von Gewerben zu erteilen, aufgehoben ist; die erwähnte Bestimmung gilt für das Apothekergewerbe nicht (v. Landmann-Rohmer, § 7 Anmerkung 6 Seite 143). Aber dieselbe Bestimmung war schon in der preuß. GewO. von 1845 enthalten; in ihr war das Ap. Gewerbe nicht ausgenommen. (§ 2). Im übrigen ist hervorzuheben, daß den einzelnen Gewerbetreibenden das Recht zur Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung eines Gewerbebetriebes niemals der Substanz nach verliehen worden ist. Zwar konnten dies die Zünfte, aber diese waren auch Körperschaften des öffentl. Rechts. Ein Beispiel hierfür bietet, daß auch die Regalrechte niemals der Substanz nach, sondern immer nur der Ausübung nach den einzelnen Gewerbetreibenden übertragen wurden. (Vgl. Maurenbrecher, Bd. 1 §§ 269 und 270).

[224]) Lewinsky, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 88 Abschn. III.

Die Ansicht Radekes, welche die Übertragbarkeit der durch Verleihung erteilten Erlaubnis durch Private verneint, ist also insoweit richtig. Aber sie ist nicht vollständig. Wenn die genannte Erlaubnis auch privatrechtlich nicht übertragen werden kann, so ist sie doch nach der soeben im Anschluß an Otto Mayer vertretenen zutreffenden Auffassung scheinbar vor der Polizeikonzession dadurch ausgezeichnet, daß sie außer für den Beliehenen zugleich schon für die sämtlichen Nachfolger (bedingt) erteilt ist. Aber diese Eigenschaft der Erlaubnis, die durch Verleihung erteilt ist, kann nicht von ihrer Eigenschaft als subjektives Recht überzeugen. Denn die bedingte Konzessionierung von Geschäftsnachfolgern ist keine Eigenart einer durch Verleihung erteilten Konzession. Das beweist ein Vergleich mit der im § 46 RGewO. den Witwen und Waisen zugestandenen Erlaubnis.

Auch die Witwen und Waisen sind von Erteilung der Polizeikonzession an bedingt zur Fortführung des Betriebes befugt; denn die Witwe und die minderjährigen Erben des Inhabers irgend eines konzessionspflichtigen Gewerbes sind von Anfang an bedingte Konzessionare[225]). Zur Ausübung des Gewerbes bedürfen sie einer neuen Konzession nicht. Auch sie erwerben, wie die Rechtsnachfolger eines Privileginhabers, die Betriebserlaubnis originär[226]). Das äußert sich darin, daß die Konzession aus Gründen, die in der Person des bisherigen Inhabers liegen, nach dem Übergang des Unternehmens nicht mehr entzogen werden kann[227]). — Die durch § 46 RGewO. den Witwen und Waisen und minderjährigen Erben eingeräumte Erlaubnis zum Weiterbetriebe des Gewerbes ist kein subjektives Recht; denn sie vermag ihrem Inhaber nicht mehr zu geben als die rechtliche Stellung, die der verstorbene Konzessionar innehatte: sie gewährt also ebenfalls nur eine Befugnis.

Der Uebergang der Betriebserlaubnis, die durch Verleihung erteilt ist, erfolgt also in gleicher Weise, wie der Übergang einer Betriebserlaubnis erfolgen kann bezw. tatsächlich erfolgt, die nur eine Befugnis gewährt. Daraus ist m. E. der Schluß zu ziehen, daß aus der soeben behandelten Art des Übergangs der Betriebserlaubnis nicht auf das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes geschlossen werden kann. Zwar sind bei dem sog. vererblichen und veräußerlichen Privileg sämtliche Nachfolger (bedingt) konzessioniert, durch die Bestimmung des § 46 RGewO. nur die Witwe und die minderjährigen Erben; das bedeutet jedoch nur einen quantitativen, nicht aber einen qualitativen Unterschied. Denn eine rechtliche Unterscheidung kann nicht daraus hergeleitet werden, daß in dem einen Falle eine größere, in dem anderen Falle eine geringere Anzahl von Nachfolgern bedingt konzessioniert ist, sofern sie nur in beiden Fällen von Anfang an in gleicher Weise konzessioniert sind.

---

225) Schultzenstein, Verw.-Arch. Bd. 10 S. 121.

226) Hatschek-Kurtzig, § 29 IV, 4 S. 237; v. Landmann-Rohmer, § 46 Anm. 2; Schultzenstein, a. a. O. S. 121 u. 221. Vgl. auch OVG. 76, 460.

227) v. Landm.-Rohmer, § 46 Anm. 3; Illing-Kautz, Bd. 4 § 46 N. 2; vgl. auch OVG. 14, 315 und 15, 349.

2.) So wenig die Art einer Konzession, bei der die Nachfolger bereits bedingt konzessioniert sind, über ihren Charakter als subjektives Recht Aufschluß gibt, ebensowenig vermögen dies ihre sonstigen äußerlichen Kennzeichen. Das zeigt u. a. auch der Streit über die Eisenbahnkonzessionen, insbesondere die Kleinbahnkonzessionen[228]). Maßgebend für die Feststellung, ob eine Betriebserlaubnis ein subjektives Recht gibt, ist vielmehr stets, ob sie ein Können gewährt; gewährt sie nur ein Dürfen, so ist ein subjektives Recht nicht gegeben. Den grundlegenden Unterschied zwischen Können und Dürfen veranschaulicht der von Jellinek gebrachte Satz[229]): „Es wäre nicht richtig zu sagen, der Geschäftsunfähige dürfe keinen Vertrag schließen: er kann es vielmehr nicht; was immer er auch tue, es kommt kein Vertrag zustande". Ein Können gewährt eine Erlaubnis also nur dann, wenn sie die rechtswirksame Vornahme einer Handlung gestattet, die ohne sie rechtlich unwirksam wäre; ein Dürfen gewährt die Erlaubnis dann, wenn sie eine rechtlich mögliche, aber polizeilich verbotene Handlung zur erlaubten macht. Bei der Untersuchung der Rechtsnatur einer Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes ist also festzustellen, ob sie eine „rechtlich" verbotene oder eine „polizeilich" verbotene Handlung erlaubt. Rechtlich verboten ist eine gewerbliche Handlung, wenn sie nach der Rechtsordnung der natürlichen Handlungsfreiheit nicht unterliegt. Polizeilich verboten dagegen sind Äußerungen des gewerblichen Handelns, die auf Grund der Gewerbefreiheit mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden können, deren Betätigung aber im Allgemeininteresse überwacht werden soll. — Auf die Erlaubnis zum Apothekengewerbebetrieb angewendet führen vorstehende Ausführungen zu der Frage: Ist der Apothekenbetrieb stets eine Ausübung der natürlichen Handlungsfreiheit und daher die Erlaubnis zum Apothekenbetrieb stets eine Polizeikonzession gewesen, oder war das Apothekengewerbe ein rechtlich verbotenes und daher die Erlaubnis eine echte Konzession, die also ein subjektives Recht gewährt?

3.) Es kann m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß die Erlaubnis zur Ausübung des Apothekengewerbes als solche kein subjektives Recht ist oder jemals gewesen ist. Das Apothekengewerbe ist nach der richtigen Ansicht O. Mayers ein privatwirtschaftliches Gewerbe und es ist ein solches stets gewesen. Als privatwirtschaftliches Gewerbe unterliegt das Apothekengewerbe seiner Natur nach der natürlichen Handlungsfähigkeit des Menschen. Bis zu der Verordnung Kaiser Friedrichs II. vom Jahre 1241 gehörte es unzweifelhaft zu der natürlichen Handlungsfreiheit der Bürger. Die Verordnung selbst war ein Polizeiverbot, wie Radeke mit eingehender geschichtlicher Begründung nachweist[230]). Auch die spätere Zeit hat daran nichts geändert. Die rechtliche Fähigkeit zur Ausübung des Apothekengewerbes ist, da auch ein Apothekenregal niemals bestanden hat, den Untertanen stets geblieben. Die Ausübung des Gewerbes ist somit immer eine Äußerung der natürlichen Handlungsfreiheit der

---

[228]) Vgl. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, § 13 I, 3 S. 107.

[229]) Jellinek, System . . . S. 47.

[230]) Radeke, S. 13 ff. und S. 124 ff.

Menschen geblieben. Hinsichtlich des Apothekengewerbes hat daher stets Gewerbefreiheit bestanden.

Derselben Ansicht ist Radeke. Er sagt[231]: „Wenn wir heute von einem System der Gewerbefreiheit sprechen, so soll das keineswegs heißen, daß die Gewerbefreiheit erst im modernen Staate geschaffen sei. Die Gewerbefreiheit, als Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen, können wir ebensowenig geschichtlich begrenzen wie wir einen Anfang des Rechtes durch die Geschichte nachweisen können. Wie das Wesen des Rechtes durch den Wechsel der Rechtssätze bestimmt wird, so hat auch die Handlungsfreiheit der Menschen im Laufe der Zeit durch den Wechsel der Rechtsordnung ein anderes Gesicht gehabt, aber sie ist trotz Ausnahmen und Einschränkungen immer eine natürliche Befugnis geblieben. Einen Gegensatz in Bezug auf die Gewerbefreiheit gibt es auch nicht im Zunftsystem, im Konzessionssystem und im System der Gewerbefreiheit. Der Unterschied liegt darin: im Zunftsystem war den Zünften das Recht verliehen, die gesetzlichen Beschränkungen der Gewerbefreiheit für die Verbandsgenossen aufzuheben, im Konzessionssystem verfügte der Staat absolut über dieses Recht, im System der Gewerbefreiheit wird dieses Recht vom Staat nach bestimmten Gesetzen ausgeübt".

Ein Widerspruch gegen die Ansicht, daß auch im Konzessionssystem Gewerbefreiheit geherrscht habe, läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn man in diesem System nicht nur ein absolutes Recht des Staates auf Erteilung der Gewerbeerlaubnisse erblickt, sondern auch zugleich eine Entziehung aller rechtlichen Fähigkeiten zum Betriebe dieser Gewerbe. Aber diese Bedeutung hat das Wort Konzessionssystem nicht. Es besagt lediglich, daß die Zulassung zu einem jeden Gewerbe grundsätzlich von einer Erlaubnis abhängig gemacht ist. Es bestand also vor der Einführung des Systems der Gewerbefreiheit derselbe Zustand, der jetzt noch hinsichtlich der erlaubnispflichtigen Gewerbe besteht. Eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit wurde auch damals durch eine Erlaubnis, die von der Polizei zu erteilen war, nicht herbeigeführt. Ein Gegensatz zwischen dem Konzessionssystem und dem System der Gewerbefreiheit besteht also nur insofern, als bei jenem die Befugnis zur Ausübung eines Berufes grundsätzlich von einer Erlaubnis abhängig ist, während es bei diesem einer solchen Erlaubnis grundsätzlich nicht bedarf. In diesem Sinne sagt Laband[232]: „Die Aufhebung von Verboten, welche bestimmten Äußerungen der natürlichen Handlungsfähigkeit im früheren Recht entgegenstanden, ändert aber die Quelle nicht, aus welcher die Befugnis herstammt, auch wenn die Negation des Verbotes sich in die positive Wortfassung einer Erlaubnis einkleidet".

Hat demnach für das Apothekengewerbe stets Gewerbefreiheit bestanden, so sind die Beschränkungen, die im Laufe der Zeit notwendig wurden, stets polizeilicher Art gewesen. Und die Erlaubnisse, die diese generellen Beschränkungen außer Kraft setzten, sind stets polizeiliche Genehmigungen gewesen. Übereinstimmend damit führt Radeke aus[233]:

---

[231]) Radeke, S. 124/125.
[232]) Laband, Staatsrecht, Bd. 3 § 78 N. 1 S. 207.
[233]) Radeke, S. 126.

„Die den Apothekern erteilte Erlaubnis zum Arzneimittelhandel ist zu allen Zeiten dieselbe gewesen, zu jener Zeit, als man noch nicht an Privilegien dachte, wie heute, wo die verschiedensten Systeme nebeneinander bestehen. In den privilegierten sowie in den sog. konzessionierten und personalkonzessionierten Apotheken, in allen haben die Apotheker dieselben Befugnisse auf dem Gebiete des Arzneimittelhandels, in allen diesen Apotheken übt der Apotheker auf Grund einer ihm persönlich erteilten Erlaubnis das Apothekergewerbe aus; in dieser Beziehung gibt es keinen Unterschied im Gewerbebetrieb all dieser Apotheken. Weder der privilegierte noch der sog. konzessionierte Apotheker können beim Verkauf ihrer Apotheke die ihnen für ihre Person erteilte Erlaubnis ihrem Nachfolger übertragen, noch dieselbe vererben".

Mit Radeke komme ich zu dem Ergebnis: die Erlaubnis zum Betriebe des Apothekengewerbes ist niemals ein subjektives Recht gewesen[234]. Daher kann auch aus der Übereinstimmung der Pflichten und Befugnisse der Inhaber der konzessionierten Apotheken mit denjenigen der Inhaber von privilegierten Apotheken, soweit sie sich in beiden Fällen aus der Erlaubnis ergeben, nicht auf die Privileg-Eigenschaft der Konzessionsapotheken geschlossen werden.

b.) Präsentationsrecht und subjektives Recht.

Als weiterer Bestandteil der Realkonzession ist bereits das Präsentationsrecht genannt.

Der Zweck des Präsentationsrechtes besteht darin, eine Entwertung der zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen besonderen Räume, teurer Materialien und Einrichtungsgegenstände zu verhindern. Denn es ist ohne weiteres einleuchtend, daß die Realien eines Unternehmens, dessen Fortsetzung gesichert ist, bei einem Verkauf einen weit höheren Preis erzielen werden, als wenn sie wegen Aufhebung der Apotheke stückweise verkauft werden, weil sie nicht mehr zu dem früheren Zweck verwendet werden können. Durch das Präsentationsrecht, das die Fortsetzung der Apotheke gewährleistet, wurde also der ursprüngliche Wert der Realien erhalten. Seinem Zweck nach ist es daher ursprünglich als ein Vermögensschutzrecht gegeben, dem Apothekenbesitzer zugeeignet im Interesse der Erhaltung der wertvollen Anlagen[235].

Der Inhalt des Präsentationsrechtes liegt darin, daß sein Inhaber kraft dieses Rechtes zu bestimmen vermag, wem die durch sein

[234]) Jellinek, System, S. 110/111 nennt verschiedene Erlaubnisarten, die er mit der Erlaubnis aus O. Mayers Institut des Polizeiverbots mit Erlaubnisvorbehalt identifiziert u. sagt, daß die behördliche Konzession dieser Art niemals die natürliche Handlungsfreiheit u. Privatrechtsfähigkeit erweiterte; sie hebe nur für bestimmte Personen das Verbot auf, sie zu betätigen. Doch könne mit der Erlaubnis verknüpft sein d. Erteilung weitergehender Berechtigungen. Diese seien jedoch nicht Rechtsfolgen der Erlaubnisse, sondern von Verleihungen, da sie ein Können enthielten. — Also unterscheidet auch Jellinek trotz einheitl. Verleihungsaktes zwischen d. Gewerbeerlaubnis u. etwaigen mit ihr zugleich verliehenen Berechtigungen, von denen nur letztere das subjek. Recht gewähren, nicht die damit gleichzeitig verliehene Erlaubnis.

[235]) Ebenso Radeke, S. 161.

Ausscheiden an den Staat zurückfallende Konzession nunmehr verliehen werden soll. Dieses Recht der Realkonzessionen wird lediglich als Präsentationsrecht, d. h. nur als ein Vorschlagsrecht bezeichnet. Es ist jedoch mehr; denn der Staat ist rechtlich verpflichtet, dem Vorgeschlagenen die Konzession zu erteilen[236]. Wird daher nur ein einziger Nachfolger präsentiert — und das ist stets der Fall —, so muß diesem die Konzession erteilt werden. Ein Ablehnungsrecht steht der Behörde nicht zu, sofern selbstverständlich der Präsentierte ordnungsmäßig qualifiziert ist. Das Präsentationsrecht ist daher in Wirklichkeit ein Wahlrecht, nicht nur ein Vorschlagsrecht[237].

Die Erteilung einer Apothekenkonzession ist eine auf dem Gebiet staatlicher Fürsorge für das Heilwesen liegende obrigkeitliche Handlung[238]. Deswegen steht auch an sich dem Staat das Bestimmungsrecht zu, wo, wann und wem eine Konzession zu erteilen ist. Dieses Rechtes, wem eine Konzession erteilt werden soll, hat sich der Staat bei den realkonzessionierten Apotheken aus dem eben erwähnten Grunde zu Gunsten der Apotheker begeben. Denn kraft des Präsentationsrechtes besitzen diese oder ihre Erben das ausschließliche Bestimmungsrecht, wem die Konzession für ihre Apotheke wiedererteilt werden soll. Auf Grund des Präsentationsrechtes können seine Inhaber von dem Staat eine Handlung verlangen, dessen Vornahme sonst in sein freies Ermessen gestellt wäre. Um das Präsentationsrecht ist also die Rechtssphäre der Inhaber gegenüber der natürlichen Handlungsfreiheit erweitert. Das Präsentationsrecht ist somit ein subjektives Recht[239].

Der Inhaber einer Apothekenbetriebserlaubnis ist als solcher nicht berechtigt, seinen Nachfolger zu bestimmen: die Erlaubnis setzt ihn nur in den Stand, sein Gewerbe zu betreiben. Der Inhaber einer Realkonzession dagegen ist nicht nur, wie der qualifizierte Apotheker, dem eine Personalkonzession erteilt ist, befugt, eine Apotheke zu errichten bezw. zu betreiben: seine Rechte sind damit nicht erschöpft. Es steht ihm vielmehr in dem Präsentationsrecht noch eine Willensmacht zu, die mit der Betriebserlaubnis unmittelbar nichts zu tun hat und die ihm durch die Rechtsordnung als weiteres Recht neben der Betriebsbefugnis ausdrücklich zugestanden ist. Vermöge dieses Präsentationsrechtes, das sich als ein subjektives Recht erwiesen hat, ist daher die Realkonzession, die Betriebserlaubnis und Präsentationsrecht zusammen enthält, ein subjektives Recht.

[236]) Vgl. Min.-Verfg. v. 8. Juli 1851; ferner Min.-Erlasse v. 9. Mai 1851, v. 24. Jan. 1852 und 19. März 1852. — Ebenso Adlung, S. 25; Hamburger, S. 12; Klie, S. 13; Lewinsky, S. 145; Radeke, Pharm. Ztg. 1915 Nr. 100. Vgl. auch KG. v. 3. Juli 1929, Ap.-Ztg. 1929 Nr. 70.

[237]) Ebenso Hamburger, S. 21, Lewinsky, S. 145.

[238]) RG. JW. 1931, 1479.

[239]) Vgl. auch Evers, Das Präsentationsrecht der Realkonzessionare, Pharm. Ztg. 1929 Nr. 72.

§ 2. Die Realkonzession als Vermögensrecht.

A.) Das Vermögensrecht in der Realkonzession.

Die Eigenschaft der Apothekenprivilegien als privater Vermögensrechte steht außer Zweifel[240]). Denn die Apothekenprivilegien sind Realgewerbeberechtigungen[241]) und „Unzweifelhaft sind Realgewerbeberechtigungen privatrechtlicher Natur und Gegenstand des Vermögens[242])".

Hingegen ist der vermögensrechtliche Charakter der Realkonzession sehr umstritten. Eine Realgewerbeberechtigung ist sie nach herrschender Meinung nicht: sie besitzt weder dinglichen Charakter noch kann sie auf Antrag ins Grundbuch eingetragen werden und etwa dadurch grundstücksähnlichen Charakter erwerben[243]). Aus der Eigenschaft als Gewerbeberechtigung läßt sich die Vermögensrechtseigenschaft der Realkonzession daher nicht begründen.

Unstreitig ist jedoch, daß die Realkonzession einen erheblichen Vermögenswert besitzt. Diese Tatsache zeigt sich vor allem auf steuerrechtlichem Gebiete. So hat die „vererbliche und veräußerliche Konzession" in Tarifstelle 22 a des preußischen Stempelsteuergesetzes sowie in Tarifstelle 4 a der preußischen Verwaltungsgebührenordnung ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden. Auch die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und des Oberverwaltungsgerichts haben ihre Existenz und ihren Wert bestätigt. — Der Reichsfinanzhof hat in einer grundlegenden und eingehend begründeten Entscheidung vom 19. Dezember 1925[244]) sich der vom Reichsfinanzminister vertretenen Meinung angeschlossen, daß die Realkonzession als ein selbständiges Recht und damit als ein für sich zu bewertender Gegenstand des Betriebsvermögens im Sinne des Vermögensteuergesetzes anzusehen sei. Im Anschluß daran hat das OVG. unter Aufgabe der früher von ihm vertretenen Rechtsprechung[245]) sich neuerdings auf den Standpunkt gestellt, daß die Realkonzession im Wirtschaftsleben den Charakter der Selbständigkeit angenommen habe und daß es sich hier um selbständige, dem

---

240) RG. 80, 25; RG. Gruch. 46, 1118; KG. v. 3. Juli 1929 (Ap.-Ztg. 1929 Nr. 70).

241) Realgewerbeberechtigungen sind die subjektiv-dinglischen Gewerbegerechtigkeiten; ebenfalls nach h. M. die subjektiv-persönlichen Gerechtigkeiten, sofern ihnen nach dem betr. Landesrecht dinglicher Charakter zukommt. (Vgl. v. Landmann-Rohmer, § 10 RGewO. Anm. 5). Das ist in Preußen der Fall. Auch die nicht im Grundbuch eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten haben dingliche Natur (Crusen-Müller, Pr. AGBGB. Art. 40 Anm. II S. 351; Güthe-Triebel, Grundbuchordn. Art. 22 Anm. 53 S. 1570). Die Eintragung ins Grundbuch ist gemäß Art. 40 AGBGB. lediglich Voraussetzung für die Erlangung der Immobiliareigenschaft (Crusen-Müller, a. a. O. S. 350. RG. 67, 222 und 74, 318; RG. Gruch. Bd. 54, 958 ff. — A. A. KG. Johow, 39 B 94; Güthe-Triebel, a. a. O. S. 1570).

242) RG. 70, 373. Vgl. auch Nelken, § 23 S. 267/268.

243) Ebenso Adlung, S. 11; Hamburger, S. 52; Klie, S. 36; Lewinsky, S. 155. Schlockow-Roth-Leppmann, betrachten die Realkonzession als Realgewerbeberechtigung (S. 142).

244) RFH. Bd. 18, 126. — Weitere Judikatur s. bei Klie, S. 41/42.

245) z. B. OVG. Entsch. in Staatssteuersachen, 6, 100.

Gebiete der Privatwirtschaft zugehörige Werte handele[246]). Jedoch machen beide Gerichte die Einschränkung, daß es sich bei dieser Beurteilung lediglich um eine Anerkennung der vererblichen und veräußerlichen Konzession im wirtschaftlichen Sinne handele, während sie die Anerkennung der verkäuflichen Konzession als einen dem privatwirtschaftlichen Verkehr unterliegenden Vermögenswert im Rechtssinne verneinen. Das tut auch das Obergericht Danzig, indem es den Wortlaut der genannten Bestimmungen des Stempelsteuergesetzes und der Verwaltungsgebührenordnung als für die rechtliche Anerkennung unbeachtlich ablehnt mit der Begründung, daß beide es nur mit der wirtschaftlichen Seite zu tun hätten.

Diese Stellungnahme, die auch von Bornhak[247]) geteilt wird, hat heftige Kritik gefunden[248]); m. E. zu Unrecht. Das Steuerrecht hat die Erfassung tatsächlich vorhandener Vermögenswerte zum Ziel. Einen solchen hat die Realkonzession unstreitig, da sie, auf den wirtschaftlichen Erfolg abgestellt, infolge des Präsentationsrechtes Gegenstand des Privatrechtsverkehrs ist. Aber rechtlich gibt es keine verkäufliche Realkonzession im Sinne eines verkäuflichen Betriebsrechtes. Über das unveräußerliche Betriebsrecht kann, wie ausgeführt, der Inhaber einer Realkonzession im Wege des Privatrechtsverkehres ebensowenig unmittelbar verfügen wie der Inhaber eines Apothekenprivilegs über das in diesem enthaltene Betriebsrecht. Daran vermag der Wortlaut des Gesetzes, der lediglich den wirtschaftlichen Vorgang berücksichtigt, nichts zu ändern. — Kann die Betriebserlaubnis aber nicht übertragen werden, so ist sie auch kein Vermögensgegenstand. Denn zum Vermögen einer Person gehören nicht alle ihre Rechte und Pflichten, sondern nur diejenigen, deren Gegenstand als ein unpersönliches Gut vorgestellt wird[249]). Ist, wie gezeigt, die Betriebserlaubnis sowohl bei der Realkonzession wie bei dem Privileg eine streng persönliche Betriebserlaubnis, fehlt ihr also das Merkmal der Unpersönlichkeit, so kann sie nicht Vermögensgegenstand sein.

Das Präsentationsrecht dagegen ist übertragbar. Es kann vererbt und veräußert werden. Das ist in der Literatur wohl allgemein anerkannt[250]). Diese Ansicht findet ihre Bestätigung ferner in Kabinettsorders und in einschlägigen Verfügungen der Behörden sowie in der Rechtsprechung[251]). Denn überall da, wo von der Vererblichkeit und der Veräußerlichkeit der Konzession oder von dem Verzicht auf die Konzession oder von der gewinnsüchtigen Verwertung der Konzession oder von der Ausübung des Rechtes auf Präsentation des Nachfolgers gegen Entgelt gesprochen wird, ist damit die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des

---

246) OVG. JW. 27, 2870.

247) Bornhak, Gutachten S. 12.

248) Hamburger, S. 24 u. S. 17; Holstein, a. a. O. Ap.-Ztg. 1931 Nr. 71; Klie, S. 47; Lewinsky, a. a. O. Ap.-Ztg. 1929 Nr. 88 Abschn. I.

249) Gierke, DPR. Bd. 1 § 31 III, 2 S. 276.

250) Vgl. z. B. Hamburger, S. 14, 21 und 26; ders. Besprechung JW. 27, 2870. Klie, S. 27; Lewinsky, S. 146, 148 und 149.

251) Wegen der Kab.-Orders u. minist. Anweisungen s. oben S. 55. — RG. „Recht", 1911 Nr. 2506 u. 3413. RG. Gruch. Bd. 31 S. 998 ff.; vgl. auch Oberger. Danzig v. 27. Okt. 1926 (Ap.-Ztg. 1926 Nr. 94 S. 1310). Weitere Urteile s. bei Lewinsky, S. 171 ff.

Präsentationsrechtes gemeint. Auf die enge Verbundenheit von Betriebsrecht und Präsentationsrecht ist ja bereits oben hingewiesen; sie folgt mit Notwendigkeit aus der Tatsache, daß beide Rechte durch einheitlichen Staatsakt entstehen. Dort ist auch schon zum Ausdruck gelangt, daß grundsätzlich die Betriebserlaubnis sich nicht in der einen, das Präsentationsrecht in einer anderen Hand befinden kann. Bei einem Wechsel der Person des Erlaubnisträgers findet somit regelmäßig gleichzeitig ein Wechsel der Person des Präsentationsberechtigten statt. Denn es ist nicht zweifelhaft, daß dem Erwerber der Realkonzession — mag sie durch Rechtsgeschäft oder durch Erbgang oder durch Zwangsversteigerung mit dem Apothekengrundstück erworben sein — seinerseits wiederum das Recht der Präsentation des Nachfolgers zusteht. Da nicht die Betriebserlaubnis selbst übertragen werden kann, bleibt als Gegenstand des privaten Rechtsverkehrs allein das Präsentationsrecht übrig. Die Vererblichkeit des Präsentationsrechtes ist außerdem anerkannt durch den erwähnten Ministerialerlaß vom 24. Januar 1852, der die Konzession (richtig also das Präsentationsrecht) ausdrücklich als Teil des Nachlasses bezeichnet. Wenn das Präsentationsrecht aber vererbt und veräußert werden kann, muß es ein Vermögensrecht sein (vgl. § 1922 BGB.). — Dieselbe Auffassung vertritt Lewinsky[252]). Er weist darauf hin, daß die Behörde dem Nachfolger nur eine Betriebserlaubnis erteilt und sagt: „Von einem Wahlrecht, einem Präsentationsrecht ist in der Konzessionsurkunde keine Rede, es gilt aber durch die Veräußerung auf den Erwerber übergegangen“.

Für den Erwerb und die Ausübung des Präsentationsrechtes werden also die Beträge gezahlt, die als Kaufpreis für die „vererbliche und veräußerliche Konzession“ etc. bezeichnet werden. Durch den Bestandteil des vererblichen und veräußerlichen Präsentationsrechtes erhält daher die Realkonzession Vermögenseigenschaft im rechtlichen Sinne, nicht anders wie die Apothekenprivilegien, die solche ebenfalls nur wegen ihrer Privilegialrechte aufweisen.

B.) **Rechtliche Form des Überganges des Präsentationsrechtes.**

Über die rechtliche Form des Überganges des Präsentationsrechtes bei einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung gibt die Literatur keinen Aufschluß. Es finden sich Wendungen, das Präsentationsrecht gehe mit der Konzession über oder gelte als mit der Veräußerung übergegangen.

Das Präsentationsrecht folgt m. E. als persönliches Recht den Vorschriften der §§ 413, 398 ff. BGB. Mit dem Apothekengrundstück ist es nicht verbunden[253]). Das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß eine Realkonzession auch in einem gemieteten Grundstück betrieben werden kann[254]). Ein Übergang des Präsentationsrechtes ist durch die damit verbundene

---

[252]) Lewinsky, S. 148 f.

[253]) Aus § 54 Pr. GewO. v. 1845 ist ein Bedenken nicht zu entnehmen; denn diese Bestimmung ist nur gewerbepolizeil. Art und läßt die privatrechtl. Verhältnisse unberührt. Sie entspringt, wie überhaupt die Festlegung der Apotheken an einem bestimmten Platze, dem Wunsch, die mit einem ambulanten Arzneimittelhandel verbundenen Gefahren zu vermeiden (vgl. auch Radeke, S. 69).

[254]) Vgl. Min. Erl. v. 19. März 1852.

Konzession nicht gehindert. Von der Behörde wird es nicht etwa mit der Konzession übertragen; wie Lewinsky richtig bemerkt, erteilt die Behörde in der Konzessionsurkunde nur die Konzession, während darin von dem Präsentationsrecht nicht die Rede ist. Wenn die Behörde es nicht überträgt und es gleichwohl unbestritten dem Erwerber zusteht, so kann es diesem nur von dem bisherigen Inhaber übertragen worden sein. Immanent wiederum kann das Präsentationsrecht der Konzession ja wenigstens nach der herrschenden Meinung nicht sein, weil nach dieser Ansicht die Konzession des Verkäufers bei dem Verkauf erlischt und der Erwerber eine völlig neue Konzession erhält[255]). Bei dieser Sachlage bestände dann auch ein weiteres Bedenken: nach der verbindlichen Kabinettsorder vom 30. Juni 1894 dürfen nur solche Konzessionen neu erteilt werden, bei denen die Wahl eines Nachfolgers nicht mehr gestattet ist. — Danach bleibt als Form des Überganges des Präsentationsrechtes auf den Erwerber nur der Weg der unmittelbaren Übertragung durch den bisherigen Inhaber auf jenen übrig.

Dieser Konstruktion stehen rechtliche Bedenken — so etwa aus der engen Verbundenheit von Präsentationsrecht und Konzession und aus der Unübertragbarkeit der letzteren — nicht entgegen. Die Übertragung des Präsentationsrechtes erfolgt durch Vertrag. Zum Abschluß dieses Vertrages bedarf es unmittelbar nicht der Konzession, da durch diese nur das Recht zum Betriebe erteilt wird. Jedoch sind Konzession und Präsentationsrecht voneinander abhängig; die Konzession kann grundsätzlich nicht einer Person zustehen, der nicht das Präsentationsrecht zusteht. Die Abtretung des Präsentationsrechtes kann also nur unter der aufschiebenden Bedingung erfolgen, daß der Erwerber die Konzession erhält[256]). Wird die Konzession nicht erteilt, so kann das Präsentationsrecht nicht übergehen. Wird die Konzession dagegen erteilt, so wird im gleichen Augenblick die Übertragung des Präsentationsrechtes wirksam. Zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, durch welches das Präsentationsrecht übertragen wird, ist daher die Konzession nicht erforderlich; dagegen hängt die Wirksamkeit des bedingten Rechtsgeschäftes von der Erteilung der Konzession ab. Die Erteilung der Konzession hat also mit der Übertragung des Präsentationsrechtes unmittelbar nichts zu tun, bewirkt aber dessen Übergang.

§ 3. Die Realkonzession als privates Recht.

Inhalt eines subjektiven privaten Rechts ist nach der herrschenden Meinung[257]): die dem Subjekt um seines Vorteils willen zustehende abgegrenzte Willensmacht anderen Subjekten gegenüber. Damit entsteht zwangsläufig die Frage: Findet sich diese Willensmacht gegenüber an-

---

[255]) Hamburger, S. 13; Urban, S. 296; Min. Erl. v. 10. August 1871.

[256]) Solange es sich nicht um die Uebertragung d. Konzession handelt, bedarf es einer Mitwirkung d. Behörde nicht.

[257]) Otto Mayer, Bd. I § 10 S. 103; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 § 14 I S. 75; v. Tuhr, Bürgerl. Recht, allgem. Teil, § 1 III S. 59/60. Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, allgem. Teil, § 65; Gierke, DPR., Bd. 1 § 29; Jellinek, System . . . S. 41 ff.

deren Subjekten in der Betriebserlaubnis oder in dem Präsentationsrecht?
Entsprechend der oben vertretenen Ansicht, daß die Erlaubnis zum Betriebe des Apothekengewerbes niemals ein subjektives Recht gewährt hat, kann diese Erlaubnis auch keine Willensmacht anderen Subjekten gegenüber verleihen. Als subjektives privates Recht muß die Betriebserlaubnis daher ausscheiden.

Das Präsentationsrecht dagegen ist nach den früheren Ausführungen ein subjektives Recht, das zu dem Zweck gegeben ist, als Vermögensschutzrecht zu dienen. Diesem Zweck entsprechend ist das Präsentationsrecht dem Berechtigten in erster Linie nicht gegeben zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben; es ist ihm nicht zugebilligt als einem Glied des Gemeinwesens. Es ist ihm vielmehr verliehen als isolierter Persönlichkeit, im Hinblick auf den Schutz seiner Individual-Interessen, sodaß es unter Umständen sogar in Widerspruch zu den öffentlichen Interessen geraten könnte. Ein subjektives öffentliches Recht ist danach das Präsentationsrecht nicht, weil Inhalt eines solchen Rechtes das individuelle Interesse ist, das im Gemeininteresse anerkannt wird[258]. — Auch verleiht das Präsentationsrecht seinem Inhaber Willensmacht anderen Subjekten gegenüber. Denn aus seinem Zweck, dem Vermögensschutz zu dienen, folgt weiter die Notwendigkeit seiner Übertragung durch den jeweiligen Inhaber auf den Geschäftsnachfolger. Soll nämlich dessen Vermögen ebenfalls geschützt sein, so bedarf auch er des Präsentationsrechtes. Das Präsentationsrecht ist also durch seinen Zweck bestimmt, Gegenstand des Rechtsverkehres zwischen Privaten zu sein; als solcher ist es wiederum bestimmt, einem Untertan Willensmacht anderen Subjekten gegenüber zu geben.

Nun verleiht allerdings das Präsentationsrecht dem Individuum die weitere Macht, von der Behörde im eigenen Interesse ein Handeln zu fordern, nämlich, dem vorgeschlagenen Nachfolger die Konzession zum Weiterbetriebe zu verleihen. Das weist wieder auf ein subjektives öffentliches Recht hin. Denn das subjektive Recht des Einzelnen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts besteht ausschließlich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen[259]. — Dennoch braucht diese Fähigkeit dem Präsentationsrecht nicht den Charakter des privaten Rechts zu nehmen. Denn sie kommt erst in zweiter Linie. Primär ist das Präsentationsrecht ein Vermögensschutzrecht und nur zur Durchsetzung dieses rein individuellen privaten Rechts ist dem Inhaber gleichzeitig Macht über die öffentliche Verwaltung gegeben. Das aber ist nichts besonderes, denn die Privatrechte sind immer mit einem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Schutz und Anerkennung verbunden[260].

Leugnet man aber auch den ursprünglichen privaten Charakter des Präsentationsrechtes, so hat es diese Eigenschaft zumindest im Laufe der Zeit erworben. Denn was in dieser Hinsicht für die Apothekenprivilegien gilt, beansprucht Geltung auch für die Realkonzessionen. Die

---

[258]) Jellinek, System . . . S. 53; Meyer-Anschütz, 1. Teil § 11 S. 37.
[259]) Fleiner, § 12 II, 2 S. 176 f.; Jellinek, System . . . S. 51.
[260]) Jellinek, a. a. O.

Apothekenprivilegien entstammen dem öffentlichen Recht[261]. Sie sind Realgewerbeberechtigungen, wie oben ausgeführt ist. Der Inhalt der Realgewerberechte besteht in dem Recht der Befreiung von sonst bestehenden Beschränkungen eines Gewerbes, ist demnach von Haus aus offensichtlich öffentlichrechtlicher Natur[262]. Haben die Apothekenprivilegien Privatrechtscharakter angenommen, weil man sich diese auf öffentlichem Boden entstandenen Rechte nach Bühlers Ansicht nicht anders vorstellen konnte denn als private Rechte, so nur wegen der in ihnen enthaltenen Privilegialrechte. Denn die Betriebserlaubnis kann überhaupt niemals Gegenstand des Privatrechtsverkehrs sein, daher auch niemals als privates Recht angesehen werden. Als subjektive Rechte, die geeignet sind, privaten Rechtscharakter zu tragen, kommen vielmehr nur die Privilegialrechte in Betracht. Deren wesentlichstes ist aber nach dem Wegfall der Exklusivrechte wie bei den Realkonzessionen das Recht der Wahl des Nachfolgers[263].

Auch das Präsentationsrecht der Realkonzession ist ein Privilegialrecht. „Die Realkonzessionen sind hinsichtlich ihrer Veräußerlichkeit privilegiert"[264]. Wie bei den Apothekenprivilegien die darin enthaltenen Privilegialrechte Veranlassung für den Erwerb des Privatrechtscharakters dieser Rechte waren, so mußte notwendig auch die Privilegialeigenschaft des Präsentationsrechtes der Realkonzession deren Privatrechtscharakter nach sich ziehen[265]. Denn auch hier gilt die gleiche rechtsgeschichtliche Erwägung, daß ein gesichertes wohlerworbenes Recht nicht anders gedacht werden konnte als in der Form eines Privatrechts. Das Präsentationsrecht ist ferner, wie im vorigen § dargelegt ist, stets ein Vermögensrecht gewesen. Vermögensrecht war aber im 19. Jahrhundert als Folgeerscheinung der Fiskustheorie gleichbedeutend mit Privatrecht[266].

Demzufolge hat sich das Präsentationsrecht zum Gegenstand des Privatrechtsverkehrs ausgebildet, sodaß es nunmehr selbst als ein Privatrecht angesehen wird[267], ebenso wie dies bei den Apothekenprivilegien durch ihre Privilegialrechte geschah. So sind denn auch nach der Ansicht O. Mayers die Realkonzessionen eigenartig gestaltete subjektive Rechte, die für ihr ferneres Schicksal der bürgerlichen Rechtsordnung unterstehen[268].

---

[261]) Auch die Lehre von den Privilegien gehört ja dem öffentlichen Rechte an (Dernburg, Pandekten, Bd. 1 § 85 Anm. 1 S. 193).

[262]) Bühler, die Zuständigkeit der Zivilgerichte, S. 119 ff.

[263]) Adlung, S. 11, 12 und 24; Hamburger, S. 7 und 26; Lewinsky, S. 153. Vgl. auch RG. JW. 1931, 1480.

[264]) RG. Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, 12. Jahrg., S. 122 f.

[265]) Vgl. auch Evers, Das Präsentationsrecht der Realkonzessionare, Pharm. Ztg. 1929 Nr. 72.

[266]) Vgl. Bühler, a. a. O. S. 11.

[267]) Hamburger, S. 26; Klie, S. 27/28; Lewinsky, S. 148. Oberger. Danzig, v. 27. Okt. 1926 (Ap.-Ztg. 1926 Nr. 94 S. 1310).

[268]) O. Mayer, (2. Aufl.) Bd. 2 § 39 S. 181/182 und N. 3 daselbst.

§ 4. Ergebnis.

Abschließend ist festzustellen: das Präsentationsrecht ist ein von der Rechtsordnung anerkanntes vererbliches und veräußerliches subjektives Recht, das erheblichen Vermögenswert besitzt. Wenngleich es dem öffentlichen Recht entstammt, so ist es doch ein privates Recht. Als subjektives vermögenswertes Privatrecht ist das Präsentationsrecht „Eigentum“ im Sinne von Art. 153 RV. Wegen des in ihr enthaltenen Präsentationsrechtes ist daher auch die Realkonzession „Eigentum“ im Sinne von Art. 153 RV., dessen Entziehung eine Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV. bedeuten würde[269].

Weiter ist festzustellen: die Realkonzession weist rechtlich und wirtschaftlich denselben vermögensrechtlichen Charakter auf wie die persönliche Apothekengerechtigkeit[270]. Auch der Vermögenswert der letzteren beruht nicht auf der privatrechtlich unübertragbaren Betriebserlaubnis, sondern auf dem Privilegialrecht. Sowohl bei dem Apothekenprivileg wie bei der Realkonzession erhält der Erwerber die Betriebserlaubnis nicht unmittelbar von seinem Vorgänger, sondern als Folge einer juristischen Tatsache, nämlich auf Grund der Tatsache, daß er zum Nachfolger gewählt wird. Bei dem Privileg erlangt der bisher bedingte Konzessionar ein originäres Betriebsrecht, bei der Realkonzession muß dem Vorgeschlagenen auf Grund des Präsentationsrechtes von der Behörde die heimgefallene Konzession erteilt werden.

Abschnitt III: Zulässigkeit des Rechtsweges bei Streitigkeiten über das Präsentationsrecht.

Als Folge und gleichzeitig als Beweis, daß es sich bei der Konzession mit Präsentationsrecht um einen dem privaten Rechtskreis angehörigen Vermögenswert handelt, mag noch auf die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Streitigkeiten über Bestehen oder Nichtbestehen des Präsentationsrechtes eingegangen werden.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges wird geregelt durch § 13 GVG. Nach dieser Bestimmung gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. — Reichsrechtlich sind für Streitigkeiten aus Apothekenbetriebsberechtigungen Sondergerichte nicht zugelassen. Ebensowenig hat die Reichs- oder Landesgesetzgebung ausdrücklich derartige Streitigkeiten den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zugewiesen. Daraus folgt jedenfalls zunächst soviel, daß der ordentliche Rechtsweg für die genannten Streitigkeiten nicht versperrt ist, sofern sie bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind.

Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist im Gesetz selbst nicht erläutert; er wird dort als bekannt vorausgesetzt. Seine Begriffs-

---

269) Ebenso Bornhak, Gutachten, S. 12; Hamburger, S. 24 u. 26; Holstein Ap.-Ztg. 1931 Nr. 71; Klie, S. 56; Lewinsky, Ap.-Ztg. 1928 Nr. 88.

270) Ebenso Klie, S. 56.

bestimmung ist aber keineswegs einheitlich. So faßt O. Mayer den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit auf als ein Verfahren zur obrigkeitlichen Entscheidung über zivilrechtliche Rechtsverhältnisse und die daraus fließenden Ansprüche[271]. Ähnlich definiert Fleiner diesen Begriff als einen Streit über ein Rechtsverhältnis des Privatrechts[272]. Wohl kaum abweichend davon verstehen Stein-Jonas und das Reichsgericht unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit Streitigkeiten über Rechtsfolgen des Privatrechts; auch nach dieser Ansicht ist maßgebend das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch oder die sonstige Rechtsfolge abgeleitet wird, nicht der sog. Rechtstitel oder die Eigenschaft als vermögensrechtlicher Anspruch[273].

Andererseits ist jedoch anerkannt, daß als bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG. nicht nur anzusehen sind diejenigen Rechtsstreitigkeiten aus Rechtsverhältnissen, auf die lediglich die Bestimmungen des Zivilrechts Anwendung finden. Ihr Begriff schließt Ansprüche nicht aus, die nach derzeitiger Auffassung auf dem Boden des öffentlichen Rechtes entstanden sind[274].

Die Ansicht, die alle Rechtsverhältnisse vermögensrechtlichen Charakters dem Privatrecht unterwarf und vermögensrechtlich = privatrechtlich setzte, kann als überwunden gelten[275]. Maßgeblich für die Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses zu dem Privatrecht oder öffentlichen Recht ist vielmehr die innere Natur des Rechtsverhältnisses[276]. Stehen sich die Parteien als Gleichberechtigte gegenüber, so spricht das für ein privatrechtliches Rechtsverhältnis; daran ändert sich nichts, wenn die eine der Parteien eine Person des öffentlichen Rechtes ist. Sind jedoch die Parteien einander in ihren Rechten und Pflichten nicht gleichgeordnet, erscheint mit anderen Worten die eine Partei als Trägerin obrigkeitlicher Macht, so handelt es sich um ein Unterwerfungsverhältnis, das seines eigenen, des öffentlichen Rechtes bedarf[277]. Im übrigen werden Rechtsverhältnisse, die zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten angesehen wurden, auch weiterhin als solche behandelt[278]. So sind „die im Polizeistaat auf Grund der Guts- oder Grundherrlichkeit, der Regalität usf. als Privatrechte begründeten individuellen Befugnisse auf Ausübung eines Gewerbebetriebes, auf Wasser-

[271] O. Mayer, Bd. 1 § 17 I, 1 S. 173.

[272] Fleiner, § 4 I, 1 S. 50/51.

[273] Stein-Jonas, Bd. 1 Vorbem. v. § 1 II A.; RG. 96, 75; 103, 56; 107, 403.

[274] Jellinek, Verw. R. § 3 IV, 1 S. 44; Sydow-Busch-Krantz, § 13 GVG.; RG. 92, 313; 93, 203; 107, 324; 111, 213; 112, 222.

[275] RG. 103, 56.

[276] Früher hatte das RG. wiederholt ausgesprochen, daß der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als ein „sonstiges Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. anzusehen sei, dem somit privater Rechtsschutz zukomme. Vgl. z. B. RG. 58, 29. Später hat das RG. seinen Standpunkt jedoch wesentl. eingeschränkt.

[277] Fleiner, § 4 I, 1 S. 50/51; Hatschek-Kurtzig, § 3 III S. 15.

[278] O. Mayer, Bd. 1 § 17 I, 1 S. 174. Vgl. RG. 92, 314; 93, 79; 93, 203; 106, 409; 111, 214; 112, 222.

nutzung, auf einen Kirchenstuhl und dergl. auch in der Gegenwart als private Rechtsame anerkannt geblieben . . ."[279]).

Unstreitig ist, daß die Apothekenprivilegien als Privatrechte anerkannt werden, die privaten Rechtsschutz genießen; das Reichsgericht hat für sie in mehreren Entscheidungen die Zulässigkeit des Rechtsweges ausgesprochen[280]). Das Reichsgericht führt zur Begründung an, daß zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. das Apothekenprivileg als ein privatrechtrechtliches Rechtsverhältnis angesehen worden sei; an dieser Behandlung werde festgehalten, wenn auch inzwischen der Charakter des Apothekenprivilegs als eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zweifelhaft geworden sei[281]). Von anderer Seite wird die Eröffnung des Rechtsweges für die Apothekenprivilegien damit begründet, daß bei ihnen Staat und Bürger sich als Gleichberechtigte, nicht in der Rolle von Hoheitsperson und Untertan gegenüberständen[282]).

Soweit bekanntgeworden ist, hat das Reichsgericht über einen Fall, bei dem es sich um ein Bestreiten des Präsentationsrechtes einer Realkonzession durch eine Behörde handelte, noch nicht zu befinden gehabt. Doch hat ihm ein Fall vorgelegen, dessen Grundlage die Behauptung des klagenden Bürgers bildete, daß auch bei der Personalkonzession die Präsentation eines Nachfolgers gestattet sei, mit anderen Worten, daß er das Recht habe, seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an einen qualifizierten Erwerber zu veräußern, dem die Regierung zur Fortsetzung des Gewerbes die Konzession erteilen müsse[283]). Das Reichsgericht hat hier die Zulässigkeit des Rechtsweges verneint mit der Begründung, daß es sich um einen nach seiner öffentlichrechtlichen Natur dem Rechtsweg entzogenen Tatbestand handele.

Diesem Urteil wird dann beizutreten sein, wenn seine Begründung dahin zu verstehen ist, daß der Rechtsweg nicht zugelassen sei, weil es sich bei dem Rechtsstreit ausschließlich um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis handele, aus dem privatrechtliche Ansprüche nicht entstanden sind. Denn keines der oben aufgezeigten Merkmale, die für eine Behandlung als Privatrecht sprechen, liegt vor: die Personalkonzession besitzt im Privatrechtsverkehr keinen Vermögenswert, weil sie unveräußerlich ist; ihr Inhaber hat kein Recht, von der Behörde die Konzessionsübertragung auf seinen Nachfolger zu verlangen, sodaß es auch an einer Gleichstellung der Parteien fehlt. Endlich ist für die Personalkonzession auch aus historischen Gründen der ordentliche Rechtsweg nicht eröffnet, denn die Geburtsstunde der Personalkonzession liegt zeitlich nach der am 27. Januar 1877 erfolgten Einführung des GVG. Es ist bei ihr vielmehr ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts allein gegeben. — Die Erteilung der Apothekenkonzession ist ein auf dem Gebiet staatlicher Fürsorge für das Heilwesen liegender obrigkeitlicher Akt. Daher hat auch nur die Behörde darüber zu befinden, ob sie einem Privatrechtssubjekt bei der

---

279) Fleiner, a. a. O., S. 52.
280) RG. Gruch. Bd. 39, 1018 u. 46, 1118; RG. JW. 05, 218; RG. 80, 25.
281) RG. JW. 1931, 1479.
282) Klie, 28/29.
283) RG. a. a. O.

Wiederverleihung ein Mitwirkungsrecht einräumen will. Eine Klage darüber, ob ein solches Mitwirkungsrecht einem Untertan zugestanden werden soll, kann daher vor den ordentlichen Gerichten nicht anhängig gemacht werden. Das kann auch nicht dadurch erreicht werden, daß durch Unterstellung bezw. Hervorhebung privatrechtlicher Gesichtspunkte der öffentlich-rechtliche Tatbestand in den Hintergrund gedrängt wird. Denn jeder dieser Tatbestände setzt die Verletzung eines Präsentationsrechtes durch die Behörde voraus, geht also bereits von dem Gesichtspunkt aus, daß nicht der Behörde ein Bestimmungsrecht des Nachfolgers zusteht, sondern dem Konzessionar. Einer diesbezüglichen Behauptung steht jedoch die nach der Entscheidung OVG. 76, 462 hinsichtlich des Inhalts und der Tragweite der Konzession verbindliche Kabinettsorder vom 30. Juni 1894 entgegen. Die stets wieder in den Vordergrund tretende Frage ist daher, ob bei der Personalkonzession die Behörde oder der Konzessionsinhaber der Wahlberechtigte ist. Wird über die Fortführung einer Apotheke mit Personalkonzession ein vermögensrechtlicher Rechtsstreit anhängig gemacht, so handelt es sich in Wirklichkeit also um eine Entscheidung über das Präsentationsrecht der Personalkonzession. Trotz des privatrechtlichen Gewandes ist dies die Hauptfrage des Rechtsstreits; da sie unstreitig dem öffentlichen Recht angehört, darf für einen derartigen Streit der Rechtsweg nicht eröffnet werden.

Nun enthält das erwähnte, sich mit der Personalkonzession befassende Urteil des Reichsgerichts in seinen Entscheidungsgründen den Satz: „Für die Fälle einer Apothekenkonzession ist eine solche (den Rechtsweg zulassende) Rechtsauffassung als in der Praxis der Gerichte zur Zeit der Erlassung des GVG. herrschend nicht festzustellen". Damit scheint das Reichsgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges für Apothekenkonzessionen schlechthin, d. h. auch für die Realkonzessionen verneinen zu wollen.

Es kann m. E. dahingestellt bleiben, ob das Reichsgericht in dieser — nach dem Gegenstande des Rechtsstreites eine „unverkäufliche" Konzession betreffende — Entscheidung die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ebenfalls für Realkonzessionen entscheiden wollte; ein Anlaß dazu lag ersichtlich nicht vor. Aber wenn es eine Rechtsauffassung, welche die Realkonzession als bürgerliche Rechtsstreitigkeit ansieht, zur Zeit der Erlassung des GVG. in der Praxis der Gerichte nicht feststellen zu können glaubt, so ergibt sich aus dem Fehlen einer entsprechenden Judikatur zumindest nichts wider das Vorhandensein einer solchen Auffassung. Gerade die von dem Reichsgericht für maßgeblich erachtete Tatsache, daß zur Zeit der Erlassung des GVG. ein Streit über ein Rechtsverhältnis als ein bürgerlicher Rechtsstreit angesehen sein mußte, erfordert notwendig die Eröffnung des Rechtsweges bei Streitigkeiten um das Präsentationsrecht. Denn stellt man die Zulässigkeit des Rechtswegs für Streitigkeiten über dieses Recht auf die Auffassung zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. ab, so zeigt sich, daß damals ein Unterschied zwischen Apothekenprivilegien und Realkonzessionen kaum gemacht wurde: waren doch alle Apothekenbetriebsberechtigungen bis 1886 frei vererblich, veräußerlich und verpachtbar, somit die Realkonzessionen den Privilegien gerade hinsichtlich ihrer Eigenschaft als Gegenstand des Privatrechtsverkehrs fast völlig gleich-

gestellt[284]. Auf den Unterschied wurden selbst die beteiligten Kreise erst später aufmerksam, als die sog. Veräußerlichkeit für neuerteilte Konzessionen im Jahre 1886 zunächst eingeschränkt, dann im Jahre 1894 gänzlich untersagt wurde. — Die Zeit, in der das OVG. in Kraft trat, war überhaupt der Ausdehnung der Kompetenz der Zivilgerichte außerordentlich günstig. Das zeigt sich darin, daß am 24. Mai 1861 das Gesetz betr. die Erweiterung des Rechtsweges ergehen konnte, das eine ganze Reihe von Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur den Zivilgerichten zur Entscheidung überwies. Dies geschah nach der Ansicht Bühlers deshalb, weil man sie wohl überwiegend wegen ihres vermögensrechtlichen Charakters für privatrechtliche Streitigkeiten hielt. Diese Anschauung war eine Folge der Fiskustheorie, die in dem Satz gipfelte, daß vermögensrechtliche Ansprüche begriffsmäßig privatrechtlicher Natur seien[285]. Als ein Vermögensrecht ist die Realkonzession wegen ihres Präsentationsrechtes aber von jeher allgemein anerkannt gewesen. Daraus muß m. E. geschlossen werden, daß sie im Jahre 1877 als Privatrecht angesehen wurde und damit auch der Rechtsweg für sie offen stand.

Auch inhaltlich liegt der Fall bei einem evtl. Rechtsstreit zwischen dem Inhaber einer Realkonzession und der Behörde ganz anders als bei dem vorgehend erörterten zwischen einer Behörde und einem Personalkonzessionar. Denn es hat sich im Verlauf der Untersuchungen gezeigt, daß die Realkonzessionen private Rechte mit anerkanntem Vermögenswert sind: es hat sich ferner gezeigt, daß das Präsentationsrecht ein subjektives Recht ist, sodaß die Inhaber der Realkonzessionen bei Streitigkeiten mit der Behörde zu dieser nicht im Verhältnis des Untergeordneten zum Übergeordneten, sondern in gleicher Rechtsposition stehen.

Hiernach ist entsprechend der Auffassung von der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit und der Rechtsprechung des Reichsgerichts m. E. die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Realkonzessionen zu bejahen. So hat denn auch das Danziger Obergericht in seiner Entscheidung vom 27. Okt. 1926 die Zulässigkeit des Rechtsweges für Streitigkeiten über das Präsentationsrecht ausgesprochen, indem es einerseits unterschied zwischen dem Obrigkeitsakt der Konzessionserteilung und andererseits der aus der Realkonzession bezw. ihrem Präsentationsrecht folgenden privaten Befugnis, den Nachfolger zu bestimmen[286]. Auf entgegengesetztem Standpunkt steht zwar ein Urteil des Kammergerichts vom 3. Juli 1929[287]. Dort wird unter Berufung auf OVG. 82,29 ausgeführt, daß das Präsentationsrecht ein von der Konzession nicht zu trennender Bestandteil sei; es könne zwar von einer wirtschaftlichen Selbständigkeit des Präsentationsrechtes und einem damit verbundenen Vermögenswert gesprochen werden, nicht aber von einer rechtlichen Selbständigkeit. Doch kann dieser Begründung nicht gefolgt werden. Das Präsentationsrecht ist, wie sich bei

---

284) Ebenso Bornhak, S. 5; Koch, Lehrb. des Preuß. gemeinen Privatrechts, Bd. 1 § 400 S. 712/713; Pistor, S. 61; Urban, S. 270. Vgl. auch Hamburger, Besprechung, JW. 1931, 1479 und Nelken, § 4 S. 75.

285) Bühler, a. a. O. S. 11.

286) Oberger. Danzig Ap.-Ztg. 1926 Nr. 94 S. 1310.

287) KG. Ap.-Ztg. 1929 Nr. 70.

der Untersuchung der rechtlichen Grundlage und bei der Auflösung des Begriffes der Realkonzession gezeigt hat, ein Recht nicht nur im tatsächlichen Sinne, sondern auch im rechtlichen Sinne. Die Gründe des erwähnten Urteils können daher als durchgreifend nicht angesehen werden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß nach der derzeitigen Auslegung des Begriffes der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Realkonzessionen anerkannt werden muß. Fast einstimmig wird dieser Standpunkt denn auch von der herrschenden Meinung in der apothekenrechtlichen Literatur eingenommen[287a]).

[287a]) Vgl. z. B. Hamburger, S. 11 und Besprechung JW. 31, 1479; Holstein, Ap. Ztg. 1931 Nr. 71; Lewinsky, S. 158. — A. A. Klie, S. 29.

Dritter Hauptteil.

Realkonzession und Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV.

Kapitel I.

Der rechtliche Inhalt von Art. 153 Abs. 2 RV.*)

Hervorzuheben ist zunächst, daß Art. 153 Abs. 2 RV. nicht nur einen programmatischen Satz aufstellt, sondern unmittelbar geltendes Recht ist[288]). Danach ist geltendes Recht, daß nur unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmten Formen eine Enteignung vorgenommen werden kann[289]). Fast allgemein bejaht wird ferner, daß die vorliegende grundrechtliche Bestimmung der Verfassung jedem Eingriff der Staatsgewalt, also auch einem Gesetz gegenüber, Gültigkeit hat. Damit fallen unter den Begriff der Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV. nicht nur Akte, die auf gesetzlicher Grundlage im Wege des Einzeleingriffs durch die Verwaltung erfolgen, sondern auch solche, durch die der Gesetzgeber selbst unmittelbar in den Privatrechtskreis des Einzelnen eingreift. Durch Art. 153 Abs. 2 wird nicht nur der Verwaltung, sondern auch der Gesetzgebung sowohl der Länder als auch des Reiches insofern eine Schranke gezogen, als Eingriffe, die wirklichen Enteignungscharakter tragen, nur zum Wohle der Allgemeinheit und grundsätzlich gegen angemessene Entschädigung und unter Vorbehalt des Rechtsweges statthaft sind[290]).

---

*) Auf die derzeit bestehende Sondergesetzgebung soll wegen ihres nach der Verfassung vorübergehenden Charakters nicht näher eingegangen werden.

288) Fleiner, § 18 I, 1 S. 293; Schelcher, bei Nipperdey, Art. 153 S. 196; Triepel, a. a. O., S. 15; RG. 102, 165.

289) Es bedarf eines formellen Gesetzes bezw. Ermächtigungsgesetzes. Arndt, Art. 153 Anm. 6; Giese, Art. 153 Anm. 3; Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 227. Wohl ebenso zu verstehen RG. 102, 165 ff. Triepel, a. a. O. S. 19 sagt: „Für das Reichsgesetz ergibt es sich daraus, daß die mit der sorgfältig revidierten Vorschrift verfolgte Absicht einer weitgehenden Eigentumssicherung ohne das Erfordernis eines formellen Gesetzgebungsaktes für Enteignungen nicht wohl erreicht werden könnte, außerdem aber daraus, daß auch die Verfassungen u. Gesetze, die als Vorläufer der Bestimmung zu betrachten sind, immer u. überall lediglich dem konstitutionellen Gesetze die Kraft beilegen, Enteignungen vorzunehmen oder zu gestatten. Die Formel des Art. 153 Abs. 2 ist der typische Fall des „Vorbehalts d. Gesetzes".

290) Anschütz, Art. 153 Anm. 5; Fleiner, a. a. O.; Gebhard: Die Verfassung d. Deutschen Reichs, Art. 153 Anm. 4d; Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 211; Triepel, a. a. O. S. 15; M. Wolff, a. a. O. S. 6 und 21; RG. 103, 200; 105, 259; 109, 310 ff.; 111, 325; 116, 271 f.; RG. JW. 31, 1475. — A. A. Schmitt, JW. 27, 497.

Der Begriff der Enteignung, den die RV. als feststehend voraussetzt, ist demungeachtet außerordentlich umstritten. Vor allem gilt es hier folgenden Punkt zu klären:

Bei der Enteignung muß es sich immer um einen wirklichen Eingriff in das Eigentum handeln, der im Gegensatz zu der allgemeinen Gewährleistung durch die bestehende Rechtsordnung erfolgt. Aber nicht jeder Eingriff, der eine Vermögensbeeinträchtigung im Gefolge hat, ist damit schon Enteignung im Sinne des Art. 153 Abs. 2 RV. Der Eigentumsbegriff in Art. 153 RV. zeigt nach seiner Entstehungsgeschichte eine deutliche Abkehr von der römisch-rechtlichen Auffassung des „unverletzlichen" individualistischen Eigentums zum sozialgebundenen Eigentum des deutschen Rechts. Das ergibt der Wortlaut von Art. 153 Abs. 3: „Eigentum verpflichtet". Anschütz führt hierzu aus[291]): „Insoweit bildet das Eigentum keine Schranke der gesetzgebenden Gewalt, sondern umgekehrt findet das Eigentum seine Schranke an den Vorschriften der gesetzgebenden Gewalt". Gesetze, die den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmen (Art. 153 Abs. 1 RV.) enteignen also nicht[292]). Daher gewährt das objektive Recht dem Eigentümer keine unbeschränkte Herrschaft über seine Sache; vielmehr ist diese Herrschaft in der verschiedensten Weise eingeschränkt. Das gilt neben den gesetzlichen und privatrechtlichen Beschränkungen insbesondere von den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Eigentums. Sie sind ein Teil der Rechtsordnung. Ihre Geltendmachung ist daher keine Enteignung. Das Eigentum weist dem Gesetz gegenüber eine gewisse Schwäche auf, in dem Sinne, daß nicht jeder Eingriff des Gesetzgebers als Enteignung empfunden wird[293]). Nach Schelcher besteht das Wesen der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung darin, daß hier das Eigentum der öffentlichen Gewalt gegenüber von Haus aus geschwächt dasteht und nicht, wie bei der Enteignung, erst durch einen besonderen Akt der Staatsgewalt, den Eingriff in den an sich geschützten Rechtskreis des Einzelnen, seiner Widerstandskraft entkleidet wird[294]).

Die Geltendmachung der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Privateigentums kann aber für den Betroffenen eine erhebliche Vermögensbeeinträchtigung bedeuten, ohne daß ihm mangels Gegebenheit einer Enteignung ein grundsätzlicher verfassungsmäßig geschützter Anspruch auf Entschädigung zusteht. Daher ist eine Grenzziehung zwischen öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkung und Enteignung von erheblicher Bedeutung[295]). Sie zu finden hält nicht leicht. Es sind daher die verschiedensten Grundsätze aufgestellt worden, die diese Trennungslinie erkennen lassen sollen. Größere Bedeutung haben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch nur die sog. Übereignungstheorie und die Theorie

---

[291]) Anschütz, a. a. O. Anm. 5.

[292]) Gesetz im weitesten Sinne z. B. auch gesetzlich ermächtigte Polizeiverordnungen (Anschütz, a. a. O. Anm. 9 N. 3).

[293]) Jellinek, VerwR., § 18 IV S. 398.

[294]) Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 217.

[295]) Die Frage ist auf dem Deutschen Jur. Tag 1930 zur Debatte gestellt worden: von einer Festlegung d. Grenzen wurde jedoch abgesehen.

des Einzeleingriffs erlangt. Nur auf diese beiden soll daher im folgenden näher eingegangen werden[296].

Gestützt auf die früheren Enteignungsgesetze geht die von M. Wolff begründete Übereignungstheorie dahin, daß eine Enteignung die Übereignung des entzogenen Eigentums zur Folge haben müsse, mit anderen Worten, daß dem Verlust auf der Seite des zu Enteignenden eine gleichartige — wenn auch nicht gleiche — Rechtsvermehrung auf der Seite des Begünstigten entsprechen müsse[297]. — M. E. ist ihr nicht beizustimmen. Schon das Wort „Enteignung" kennzeichnet lediglich einen eigentumsentziehenden Vorgang, die „Ent"eignung. Enteignung besagt nichts anderes als Entziehung aus dem Eigentum, Aufhebung der Rechte, die der Durchführung eines Unternehmens entgegenstehen. Eine Übertragung zu Gunsten eines Dritten deutet das Wort nicht an. Richtig sagt Jellinek: „Wenn die Reichsverfassung den Einzelnen vor „Enteignungen" schützt, geht es nicht an, aus der Enteignung den engeren Begriff der „Übereignung" auszusondern und nur ihr gegenüber Schutz zu gewähren"[298]. Der Zweck der Enteignung (Übereignung oder Begünstigung) hat mit der Begriffsbestimmung nichts zu tun. Eine Übereignung ist ferner dem Begriff der Enteignung auch schon deshalb nicht wesentlich, weil durch die Enteignung originäres Recht begründet wird, eine Übereignung im Rechtssinne daher überhaupt nicht in Frage kommt[299]. Zur Durchführung eines Unternehmens bedarf der Staat keineswegs stets der Überführung gleicher oder auch nur gleichartiger Rechte. Immer häufiger ist der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben gezwungen, in die private Sphäre seiner Untertanen einzugreifen und dabei Eigentum nur zu vernichten, weil wegen des Zieles eine Übereignung nicht in Frage kommt. In einem solchen Falle eine Enteignung in Abrede zu stellen, dürfte dem Sinne des Art. 153 Abs. 2 widerstreiten. Auf die Aufgaben des Staates hat der einzelne Bürger keinen Einfluß. Ergibt sich aus diesen die Notwendigkeit einer Entziehung von Eigentum ohne Übereignung, so wäre der Untertan jeder ihn noch so schwer treffenden Maßnahme ausgeliefert, ohne daß ihm trotz Aufopferung wertvollster Güter eine Entschädigung zu gewähren wäre. Dem Begriff der Enteignung kann und darf daher die Übereignung nicht wesentlich sein; begriffswesentlich ist vielmehr nur die Aufhebung der einem Unternehmen entgegenstehenden Privatrechte. Rechtsentziehung

---

[296]) Andere Theorien sind die Unternehmenstheorie; die Verwaltungsaktstheorie; die Schutzwürdigkeitstheorie.

[297]) Außer von M. Wolff wird sie vertreten von Fleiner, § 18 I, 2 S. 294; Gebhard, a. a. O. Anm. 4c; Hofacker, Grundrechte, S. 46; Krückmann, Enteignung und Einziehung S. 4; Triepel, a. a. O., S. 17; C. Schmitt, a. a. O. JW. 1929, 496 verlangt sogar gegenständl. Ueberführung des entzogenen Rechtes.

[298]) Jellinek, Entschädigung f. baurechtliche Eigentumsbeschränkungen S. 8. Vgl. auch Poetzsch-Heffter, Art. 153 Anm. 3 „Enteignung ist jede staatl. Entziehung von Vermögensrechten . . .".

[299]) Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 224 f.

oder Rechtsbeschränkung gegenüber dem Berechtigten muß daher genügen[300]).

Das Reichsgericht hatte längere Zeit der Übereignungstheorie zugeneigt, ohne ihr jedoch gänzlich zu folgen[301]). Später hatte es den Standpunkt vertreten, eine Enteignung sei dann als gegeben anzusehen, wenn das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache gmäß § 903 BGB. nach Belieben zu verfahren, zu Gunsten eines Dritten beeinträchtigt werde[302]). Neuerdings hat sich nunmehr dieses höchste Gericht ebenfalls die von Anschütz aufgestellte Lehre des Einzeleingriffs zu eigen gemacht[303]). Damit kann sie unbedenklich als die herrschende bezeichnet werden.

Nach der von Anschütz aufgestellten Theorie des Einzeleingriffs ist eine Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 bei solchen Gesetzen gegeben, die den Charakter von Einzeleingriffen tragen, d. h., wenn der Gesetzgeber aus Rücksichten des höheren Staatswohles unmittelbar (ohne Einschiebung eines besonderen Verwaltungsaktes) in die Privatrechtssphäre eingreift und damit subjektive Rechte entzieht oder beschränkt, und ein solches Gesetz nicht alle Untertanen gleichmäßig, sondern nur bestimmte einzelne Personen oder einen verhältnismäßig engen Kreis von Personen mit besonderen Opfern zu Gunsten der Allgemeinheit belastet[304]). Dieser Theorie wird im nachstehenden gefolgt.

Eng mit dem Begriff der Enteignung verbunden und wegen des Zweckes teilweise in ihn überfließend ist die Voraussetzung, daß eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit vorgenommen werden darf. Das ganze Rechtsinstitut ist in seiner Begründung derart beherrscht durch seine Beziehung auf das allgemeine Wohl und so untrennbar damit verbunden, daß seine Zweckbestimmung mit zu seinem Wesen zu rechnen ist[305]). — Der abstrakte Ausdruck „zum Wohle der Allgemeinheit" ist sehr dehnbar. Sachlich gleichliegende Ausdrücke sind z. B. „öffentliches Interesse", „gemeinnütziges Vorhaben" usw. Nicht notwendig muß es sich um ein öffentlichrechtliches Unternehmen handeln oder um ein Unternehmen im technischen Sinne[306]). Stets erforderlich ist dagegen nach herrschender Meinung ein gemeinnütziges Vorhaben. Dieses kann auch vorliegen ohne Zweckbeziehung auf ein öffentliches Unternehmen[307]). Aber stets muß ein

---

300) Anschütz, a. a. O. Anm. 9; Arndt, a. a. O. Anm. 4; Giese, a. a. O. Anm. 2; Jellinek, a. a. O. S. 8; Köttgen, a. a. O. S. 89; Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 223 ff.

301) Vgl. die Rechtspr. bei Anschütz, a. a. O.

302) Vgl. RG. 116, 272 u. die darin aufgeführte Judikatur.

303) RG. 116, 268 ff.; 124, Anh. S. 19 ff.; 127, 281; 128, 28 und 171; 129, 158 f.

304) Anschütz, a. a. O. Anm. 9 und 7.

305) Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 219.

306) Arndt, a. a. O. Anm. 5; Poetzsch-Heffter, a. a. O. Anm. 4; Schelcher b. Nipperdey, a. a. O., S. 220.

307) So z. B. RG. 105, 253; 108, 252; 111, 226; 112, 191. Das erscheint gerechtfertigt, wenn man den Begriff der Enteignung auf alle in Art. 109 EGBGB. aufgeführten Eingriffe erstreckt und somit den Zweck des Art. 153 Abs. 2 RV. darin erblickt, dem Untertan gegenüber jedem staatlichen Eingriff in seinen Rechtskreis Schutz zu ge-

allgemeines Interesse an der Durchführung des Unternehmens gegeben sein, wenn es auch nicht zur Erhaltung des Staatsganzen notwendig zu sein braucht. So genügt u. U. bereits das Interesse einer geringen Anzahl von Staatsbürgern[308]. — Der Nutzen für die Allgemeinheit, den Art. 153 Abs. 2 fordert, muß über den durch die vorgenommene Rechtsentziehung an sich und ohne weiteres erreichten Vorteil hinausgehen oder außerhalb dieses Vorteiles bestehen[309]. Es reicht daher zur Vornahme einer Enteignung weder der Zweck einer bloßen Vermögensverschiebung noch die Förderung von privaten Interessen der Begünstigten aus.

Kapitel II: **Entziehung des Präsentationsrechtes bezw. Einführung der Niederlassungsfreiheit und Enteignung.**

Abschnitt I: **Voraussetzungen.**

Unter der Voraussetzung, daß die Reform des Apothekenwesens hinsichtlich der Betriebsrechte durch Reichsgesetz erfolgen sollte, so bestände damit sowohl ein formelles Gesetz als auch die Möglichkeit, die Reform entschädigungslos durchzuführen.

Fraglich muß jedoch erscheinen, ob ein Gesetz, das eine Minderung der Rechte der Realkonzessionare (Aufhebung, Beschränkung oder Vernichtung ohne Aufhebung oder Beschränkung) in irgend einer Form anordnet, überhaupt Gültigkeit besitzt und nicht verfassungswidrig ist. Denn die wichtigste Garantie, die Art. 153 Abs. 2 gewährt, ist die, daß eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit vorgenommen werden kann[310]. Dieser Grundsatz ist, wie Triepel sagt, „die vornehmste Norm des Enteignungsrechtes"[311]. Notwendige Voraussetzung einer Enteignung ist also, daß das Wohl des Volkes, also sachliche Gesichtspunkte sie erforderlich machen. Sachliche Gründe müßten daher auch für eine Minderung der Rechte der Realkonzessionare sprechen. — Ob solche sachlichen Gründe vorliegen, soll vorerst im Hinblick auf eine Beibehaltung des derzeitigen Konzessionssystems bei Apotheken untersucht werden.

§ 1. **Entziehung des Präsentationsrechtes und Wohl der Allgemeinheit.**

In der Einleitung ist dargelegt, daß der Anlaß zu einer Neuregelung der Apothekenbetriebsverhältnisse zunächst lediglich in der

---

währen. Zu dieser Auffassung wird man sich aber nach den Verhandlungen im Verfassungsausschuß und im Plenum der Nationalversammlung bekennen müssen. Vgl. Anschütz, a. a. O. Anm. 7; Giese, a. a. O. Anm. 2. Anscheinend ebenso Schelcher b. Nipperdey, a. a. O. S. 222.

308) Vgl. OLG. JW. 1926, 1476.

309) Giese, a. a. O. Anm. 3; Krückmann, a. a. O. S. 3. RG. 103, 202.

310) Die Frage der Enteignung wäre logisch vorweg zu behandeln. Aus Gründen der Darstellung wird sie jedoch später gebracht.

311) Triepel, a. a. O. S. 20.

Mannigfaltigkeit und teilweise auch in der Rechtsunsicherheit zu suchen ist, die vor allem hinsichtlich der Realkonzessionen besteht. Ob hier das Wohl der Allgemeinheit in Frage steht, kann zweifelhaft sein. Streng genommen handelt es sich vielmehr um das Interesse der Inhaber dieser Betriebsrechte und des Gesetzgebers, sowie um dessen Bestreben, die Überbleibsel einer früheren Rechtsordnung zu beseitigen. Das aber berührt das Wohl der Allgemeinheit kaum und eine Enteignung aus diesem Grunde kann daher für unzulässig gehalten werden; dies umsomehr, wenn der dadurch erreichte Nutzen einer Vereinheitlichung und Klärung der Besitzrechtsverhältnisse den Wert der dabei erfolgten Rechtsentziehung nicht übersteigt.

Ein Vorteil könnte allerdings in der Entziehung des Präsentationsrechtes dann gesehen werden, wenn bei einer Aufhebung der Realkonzessionen eine größere Anzahl angestellter Apotheker zu einer früheren Selbständigkeit gelangt. Betrachtet man selbst wegen des weit zu dehnenden Begriffes des Wohles der Gesamtheit das Interesse dieser Angestellten als „Wohl der Allgemeinheit", so bleibt dennoch fraglich, ob der erstrebte Einheitstyp der unverkäuflichen Apotheke einen solchen Erfolg, also das „Wohl" wird bringen können[312]. Erfahrungen auf diesem Gebiete in anderen Ländern sprechen dagegen[313].

Unzweifelhaft ist aber das Interesse der Allgemeinheit an dem Bestehen einer möglichst zuverlässigen und gleichzeitig möglichst billigen Arzneimittelabgabestelle. Dem Wohle der Allgemeinheit ist also sicherlich dann gedient, wenn eine Enteignung eine Verbilligung der Arzneimittelpreise (unter gleicher Zuverlässigkeit der Arzneiversorgung) mit sich bringen würde. — Nun ist es aber, soweit sich das übersehen läßt, nicht so, daß eine Verbilligung der Arzneimittel durch eine Aufhebung der Realkonzessionen (und ebenso der Privilegien) zu erreichen wäre. Denn die Preise der Arzneimittel sind in den verkäuflichen und unverkäuflichen Apotheken die gleichen, weil durch die staatlich ausgegebene Taxe angeordnet. Auch sind die Preise nicht etwa zu Gunsten der verkäuflichen Apotheken künstlich hochgehalten: damit würde der Staat ja seiner bisherigen Tendenz, die Einheitsform der unverkäuflichen Apotheke zu schaffen, selbst entgegengearbeitet haben. Maßgebend für die Festsetzung der Arzneimittelpreise ist vielmehr für den Staat nur die Rücksicht auf die Zuverlässigkeit und Erhaltung der Lebensfähigkeit der von ihm begünstigten unverkäuflichen Konzessionsapotheken. Bestimmen somit diese bereits heute die Preisfestsetzung, so liegt klar, daß eine Überführung der noch verkäuflichen Apotheken (oder eines Teiles) eine Verbilligung der Arzneimittelpreise nicht erst noch bringen wird. Ein Interesse der Allgemeinheit an der Aufhebung der bestehenden verkäuflichen Apotheken ist demnach zu verneinen[314].

---

312) Wegen dieser in erster Linie wirtschaftlichen Frage sei verwiesen auf das bereits eingangs genannte Gutachten Hirsch.

313) Verwiesen sei hier auf Schweden, wo trotz einheitlicher Einführung der Personalkonzession die Altersgrenze der zur Selbständigkeit gelangenden Apotheker sich immer weiter nach oben verschoben hat.

314) Man wird nicht nur dieses Interesse zu verneinen haben, sondern sogar feststellen müssen, daß zumindest bei einer Enteignung ohne Ent-

Ein Grund könnte allerdings die Beseitigung der verkäuflichen Apotheken u. A. gerechtfertigt erscheinen lassen. Er ist ideeller Natur. Eine Entziehung des Präsentationsrechtes würde zur Vereinheitlichung des Standes der Apothekenbesitzer mit beitragen; Voraussetzung einer völligen Vereinheitlichung wäre dabei jedoch, daß auch das Nachfolgerwahlrecht der Apothekenprivilegien aufgehoben würde. — Die ideelle Natur dieses Grundes nimmt ihm nicht die Sachlichkeit. Wie hoch zwar sein Wert ist, bleibt schwierig zu ermitteln. Er kann gering, aber auch sehr hoch veranschlagt werden. Hier mag theoretisch im Interesse der noch zu behandelnden Frage einer Entschädigungsverpflichtung bei Aufhebung der verkäuflichen Apotheken angenommen werden, daß die Vereinheitlichung des Standes der Apothekenbesitzer einen sachlichen Grund darstellt, der wegen seiner ideellen Bedeutung über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinausreicht und somit, verbunden mit der Vereinheitlichung der Apothekenbesitzrechte, das Wohl der Allgemeinheit berührt.

§ 2. Einführung der Niederlassungsfreiheit und Wohl der Allgemeinheit.

Im Falle der Einführung der Niederlassungsfreiheit gelten die im vorigen § angestellten Erwägungen großenteils ebenfalls. Im übrigen bestände im Falle ihrer Einführung für die angestellten Apotheker fraglos die Möglichkeit einer früheren Selbständigkeit. Aber auch hier erhebt sich die Frage, ob mit einer solchen Regelung dem „Wohle" dieser Angestellten gedient ist. Hinsichtlich der materiellen Wohlfahrt bestehen auch hier infolge der Zulässigkeit einer theoretisch unbeschränkten Konkurrenz erhebliche Bedenken. Aber auch ihnen dürfte in der Erlangung der früheren Selbständigkeit ein höher zu veranschlagender Gewinn gegenüberstehen. Weiter soll hier davon ausgegangen werden, daß die Niederlassungsfreiheit eine Verschlechterung der Arzneimittelversorgung nicht im Gefolge haben wird.

---

schädigung dem Interesse großer Teile der Allgemeinheit zuwider gehandelt würde. Nicht nur der Inhaber des Betriebsrechtes, der für dessen Erwerb erhebliche Beträge hat aufwenden müssen, verliert diese Werte in einem solchen Falle vollständig; auch zahlreiche Hypothekengläubiger haben im Vertrauen auf die bisherige Uebung die Realkonzession als Vermögenswert angesehen und aus diesem Grunde Hypothekendarlehen gewährt, die weit über den Wert des Grundstücks hinausgehen. In den meisten Fällen dürften bei einer entschädigungslosen Aufhebung diese auf den Apothekengrundstücken lastenden Hypotheken verloren sein; denn das Betriebsrecht erscheint regelmäßig — vor allem auf dem Lande — bedeutend wertvoller als das Grundstück, sodaß bei einem ersatzlosen Wegfall des für wertvoll gehaltenen Betriebsrechtes eine Befriedigung aus dem Apothekengrundstück nicht zu finden sein wird. Weiteres Vermögen, an das sich die Gläubiger halten könnten, wird nur in wenigen Fällen vorhanden sein, weil für die sog. verkäuflichen Betriebsrechte allgemein ein zieml. hoher Kaufpreis gefordert wurde, der ja bei einer ersatzlosen Aufhebung nicht wieder zu erhalten ist.

Abschnitt II: Die Entziehung des Präsentationsrechtes bezw. die Einführung der Niederlassungsfreiheit als Enteignung.

Nunmehr bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob die Umwandlung der Realkonzessionen in unverkäufliche Apotheken bezw. die Einführung der Niederlassungsfreiheit sich als Enteignung erweist.

§ 1. Die Entziehung des Präsentationsrechtes als Enteignung.

Die Frage, ob die Überführung der realkonzessionierten Apotheken in unverkäufliche Apotheken (also unter Beibehaltung des Konzessionssystems) eine Enteignung darstellt, ist ohne Zweifel zu bejahen[315]. In den vorigen Ausführungen ist die Realkonzession bezw. deren Präsentationsrecht als ein vermögenswertes privates Recht, damit als Eigentum im Sinne von Art. 153 RV. nachgewiesen. Demnach stellt sich die mit der Überführung in unverkäufliche Apotheken verbundene Entziehung des Präsentationsrechtes als Enteignung dar, nicht bloß als die Geltendmachung einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung; denn eine Überführung der Realkonzessionen in unverkäufliche Konzessionsapotheken trifft nicht die Gesamtheit der Volksgenossen, auch nicht den Personenkreis der Apothekenbesitzer, nicht einmal den Kreis sämtlicher Besitzer verkäuflicher Apotheken, sondern lediglich die Inhaber von Realkonzessionen, deren Zahl heute in ganz Preußen etwa noch 1700 beträgt[316]. Das von Anschütz als Kriterium der Enteignung aufgestellte und als herrschend zu erachtende Merkmal des Einzelopfers ist damit gegeben. — Was die Frage der Übertragung der zu entziehenden Rechte, anbelangt, so ist dieses Merkmal als der Enteignung begriffswesentlich oben abgelehnt. Aber selbst im Falle der Bejahung wäre die Überführung der Realkonzessionen in Personalkonzessionen als Enteignung zu betrachten, weil das Recht der Inhaber des Präsentationsrechtes, die Wahl des Nachfolgers vorzunehmen, auf den Staat übergehen würde[317]. — Damit ist für den Fall einer Umwandlung der Realkonzessionen in Personalkonzessionen der Tatbestand der Enteignung im Sinne des Art. 153 Abs. 2 RV. erfüllt[318].

Anmerkungen Wantzen. Spalte 10.

315) Das gilt auch für eine evtl. Umwandlung der Apothekenprivilegien. Vgl. Fleiner, § 18 I, 2 S. 301: „In das geltende Recht übergegangen ist jedoch der Satz, daß individuelle Befugnisse, die in abgelaufenen Perioden der Rechtsentwickelung als private Vermögensrechte begründet wurden, (Realgewerberechte . . .) dauernd zum Vermögen der begünstigten Personen gehören u. ihnen nur gegen volle Entschädigung entzogen werden können . . .".

316) Die Zahl der konzessionierten veräußerlichen Apotheken in Preußen beträgt 1708, die Zahl der privilegierten Apotheken 761 (vgl. Veröffentlichungen auf d. Gebiete der Medizinalverwaltung. Berlin 33).

317) Ebenso Klie, S. 74.

318) Die danach grundsätzlich zu bejahende Entschädigungspflicht ist anerkannt in dem Entwurf zu einem Reichsap. Ges. v. 1907; in diesem Entwurf, der die Ablösung der verkäuflichen Apotheken den Bundes-

§ 2. Die Einführung der Niederlassungsfreiheit als Enteignung.

Zweifelhaft dagegen kann sein, ob auch bei einer Einführung der Niederlassungsfreiheit der Tatbestand der Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV. erfüllt ist. Es ist die Ansicht vertreten worden, daß sich mit der Niederlassungsfreiheit nicht eine Minderung der bestehenden Rechte der Inhaber veräußerlicher Apotheken verbinde, weil Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Niederlassungsfreiheit eigentümlich sind, diese beiden Verfügungsmöglichkeiten also den verkäuflichen Apotheken bei ihrer Einführung nicht genommen würden. Eine Verletzung der Interessen der Inhaber verkäuflicher Apotheken durch Einführung der Niederlassungsfreiheit bedeute noch keine Rechtsentziehung[319].

Fraglos ist, daß eine Niederlassungsfreiheit die bestehende Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der bisher verkäuflichen Apotheken nicht aufheben würde. Aber ebenso fraglos ist auch, daß eine Niederlassungsfreiheit wegen der Verallgemeinerung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit den Wert der heute verkäuflichen Apotheken erheblich vermindern würde; übrig bliebe nur der Realwert (Grundstück, Waren und Einrichtung), sowie der Lage- und Kundschaftswert. Im Ergebnis käme daher ein die Niederlassungsfreiheit einführendes Gesetz einer Enteignung der verkäuflichen Apotheken gleich. Eine tatsächliche Vermögensentziehung findet danach unstreitig statt. Zu erörtern bleibt nur, ob die Einführung der Niederlassungsfreiheit auch rechtlich eine Vermögensentziehung bedeuten würde.

Das, was das Apothekengewerbe aus der Zahl der meisten übrigen Gewerbe heraushebt, ist das Schutzsystem, d. h. die Verbindung des Arzneimittelmonopols mit dem Erfordernis, daß es zur Anlegung einer Apotheke einer von den Oberpräsidenten zu erteilenden Erlaubnis bedarf. Eine Erteilung der Konzession darf nicht willkürlich erfolgen, sondern nur nach Maßgabe der Bestimmungen, nach denen sich die Anlegung neuer Apotheken zu richten hat. Dadurch soll, wie es schon § 6 der revidierten Apothekerordnung von 1801 besagt, eine übermäßige Konkurrenz mit ihren schädlichen Wirkungen für die treuliche Ausübung des Gewerbes vermieden werden. Dieses Konzessionssystem sichert den Inhaber einer Apotheke dagegen, daß in einem gewissen Umkreis von seiner Apotheke sich eine beliebige Anzahl gleicher Betriebe niederläßt, wenn es ihn auch nicht davor bewahrt, daß nicht dennoch die eine oder andere Apothekenkonzession in seiner Umgebung erteilt wird. Mit dieser Beschränkung der Anzahl der Apotheken verfolgt der Staat aber den erwähnten eigenen

---

staaten überließ, war für das Recht auf Ablösung zwischen Privilegien und Realkonzessionen ein Unterschied nicht gemacht (Lewinsky, S. 218). Vgl. auch OVG. JW. 27, 2870, wo ausgesprochen ist, daß der Verkehr bei einer Aufhebung der Verkäuflichkeit der Realkonzessionen mit einer Entschädigung rechne. — Speziell für die Inhaber von nassauischen Apothekenbetriebsberechtigungen wird im Falle einer Entziehung oder Beschränkung dieser Rechte bei einer Reform eine Entschädigungspflicht — allerdings ohne Begründung — anerkannt von Hilf, Gutachten, Rhein. Kurrier v. 5. 8. 1894 sowie von Pfeiffer, Pharm. Nachr. 1912 Nr. 41.

319) Hamburger, S. 108 und Pharm. Ztg. 1928 Nr. 65.

Zweck, sich eine zuverlässige Arzneimittelabgabestelle zu schaffen. Dies ist neben seinem Streben nach Bereitstellung billiger Heilmittel das eigentliche Ziel des Konzessionssystems. Nur als Nebenwirkung ergab sich daraus für die Apothekeninhaber ein oft bedeutender Vorteil. Ein subjektives Recht für die Inhaber von Apotheken hat durch das Konzessionssystem aber nicht geschaffen werden sollen; ein solches ist auch nicht geschaffen worden. Andernfalls müßte notwendig bei Errichtung einer jeden neukonzessionierten Apotheke eine Entschädigungspflicht des Staates bejaht werden, weil regelmäßig auch durch eine Neuerrichtung in die Erwerbsmöglichkeit wenigstens der benachbarten Apotheken eingegriffen wird. Hiernach scheidet der Wegfall des Konzessionssystems bei einer Einführung der Niederlassungsfreiheit als Rechtsentziehung aus.

Ebenso verhält es sich mit dem anderen Faktor, dem Apothekenmonopol. Das Apothekenmonopol bedeutet, daß der Verkauf bestimmter Heilmittel nur in Apotheken erfolgen darf. Aber dadurch ist für die Apotheker kein subjektives Recht auf die Beibehaltung der ihnen zum ausschließlichen Verkauf überlassenen Arzneimittel geschaffen. Der Staat kann das Arzneimittelmonopol nach seinem Belieben gestalten. Er kann die Zahl der in der Arzneimittelverkehrsordnung aufgenommenen Heilmittel vermehren oder verringern. Der Apotheker besitzt lediglich die Erlaubnis, das Apothekergewerbe in der vom Staate jeweilig monopolisierten Form zu betreiben[320]. — Im übrigen muß die Niederlassungsfreiheit nicht unbedingt zu einer Aufhebung des Apothekenmonopols führen. Eine Fortdauer dieser Regelung steht mit der Einführung der Niederlassungsfreiheit durchaus nicht in Widerspruch; denn wenn auch mit als Schutzgesetz für die Apotheker, so ist die Arzneimittelverkehrsordnung doch in erster Linie zum Schutze der arzneimittelsuchenden Bevölkerung gegeben[321].

Somit ist durch die Verbindung von Konzessionssystem und Arzneimittelmonopol, also durch das Schutzsystem, allein noch kein besonderes Recht für die Inhaber von Apotheken geschaffen. Durch die Aufhebung des Schutzsystems findet daher keine Entziehung besonderer Rechte statt. Dagegen wird man eine Rechtsentziehung dann bejahen müssen, wenn durch die Einführung der Niederlassungsfreiheit besondere Vermögensrechte (Eigentum im Sinne von Art. 153 RV.) vernichtet werden, die sich nicht schon, wie z. B. das Recht der Personalkonzessionare, von selbst aus dem Schutzsystem ergeben.

Nicht von selbst ergeben sich aus dem Schutzsystem die Rechte, welche die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit einer Apotheke gestatten[322]. Um das Recht der Präsentation des Nachfolgers ist die Rechtssphäre seiner Inhaber erweitert; dieses Recht stellt sich somit als ein Sonderrecht dar. Nur dann, wenn dieses Sonderrecht, das nicht auf dem Schutzsystem

[320]) Ebenso Hamburger, S. 105.

[321]) Vgl. z. B. RG. JW. 1931, 1471 und 1473.

[322]) Klie, S. 76 vertritt die Ansicht, daß dieses Sonderrecht in der Uebertragung des Apothekenmonopols liegt, während Hamburger, S. 108 es in der Uebertragbarkeit des Apothekengeschäfts sieht. M. E. ist das Wesentliche und genügend die Feststellung eines Sonderrechtes.

beruht, durch die Einführung der Niederlassungsfreiheit seinen Inhabern auch im Rechtssinne entzogen wird, kann von einer Enteignung gesprochen werden. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es noch weiterer Ausführungen:

Wegen der Verallgemeinerung von Vererblichkeit und Veräußerlichkeit bei der Einführung der Niederlassungsfreiheit erscheint die oben erwähnte Ansicht wohl vertretbar, daß die Niederlassungsfreiheit keine Entziehung oder Beeinträchtigung des Sonderrechtes der Verkäuflichkeit usf. von Apotheken bedeutet, sondern lediglich das Recht der Veräußerlichkeit auf einen größeren Kreis von Berechtigten ausdehnen würde. Nach dieser Auffassung wäre eine Enteignung nicht gegeben.

Dieses Ergebnis wird allerdings den Interessen der Besitzer von verkäuflichen Apotheken in keiner Weise gerecht. Es erscheint unbillig, daß ein Eingriff mit praktisch gleichen Wirkungen in dem einen Falle entschädigungspflichtig sein soll (Entziehung des Präsentationsrechtes), in dem anderen Falle nicht (Einführung der Niederlassungsfreiheit). Des weiteren ist zu beachten, daß der Staat die Realkonzessionen ebenso wie die Privilegien in hohem Maße besteuert hat. Ebenfalls aus diesem Grunde widerstrebt es dem Gerechtigkeitsempfinden, daß vermögenswerte Privatrechte entschädigungslos aufgehoben werden, deren steuerlicher Nutznießer der Staat seit langem gewesen ist, ganz abgesehen davon, daß eine solche Aufhebung einen Eingriff in die privaten Vermögensrechte zahlreicher Hypothekengläubiger bedeuten würde.

Aber nicht nur das Rechtsempfinden verlangt ein anderes Ergebnis; auch vom positiv-rechtlichen Standpunkte aus läßt sich bei genauerem Zusehen die soeben dargestellte, eine Rechtsentziehung verneinende Ansicht nicht halten. Diese Ansicht berücksichtigt nicht genügend den Charakter des Rechts auf Bestimmung des Nachfolgers als den eines Sonderrechts. Das Wesen und der Wert des Sonderrechts beruht darauf, daß die Stellung seines Inhabers ein Mehr an Rechten gegenüber der Allgemeinheit aufweist. Wird ihm diese bevorzugte Stellung genommen, so liegt darin eine Enteignung. Ein Gesetz, das die Übertragbarkeit für alle Apotheken zuließe, würde damit diesen Rechten den Charakter eines Sonderrechts entziehen; es würde aus einem subjektiven Recht eine natürliche Befugnis machen. Gleichzeitig würde es den bisher unverkäuflichen Apotheken und den Gründern neuer Apotheken das Recht der Verkäuflichkeit ihrer Apotheken vermitteln und damit deren Wert unter gleichzeitiger Verminderung des Wertes der bisher verkäuflichen Apotheken erhöhen. — Dieser Sachverhalt drückt auch der Einführung der Niederlassungsfreiheit den Stempel einer Enteignung der bisher verkäuflichen Apotheken im Rechtssinne auf. Denn durch die Entziehung des Sonderrechtes der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit, das nunmehr eine natürliche Befugnis wird, wird den Inhabern der jetzt verkäuflichen Apotheken ein besonderes Opfer auferlegt. Dagegen wird für die bisher unverkäuflichen und neu zu gründenden Apotheken das Recht der Veräußerungsfreiheit gewonnen. Eine und dieselbe Maßnahme des Gesetzgebers bringt also einerseits Staatsbürgern eine Begünstigung und in entsprechendem Umfang anderen Staatsbürgern eine Rechtsentziehung und Vermögensentziehung. Denn in dem entsprechenden Verhältnis, in

dem neue vererbliche und veräußerliche Apotheken entstehen, werden die bestehenden an Wert verlieren[323]). Es findet somit auch bei der Einführung der Niederlassungsfreiheit nicht einmal lediglich eine Rechtsvernichtung, sondern sogar eine — wenn auch nicht unmittelbare — Übertragung der entzogenen Vermögenswerte auf die Begünstigten statt[324]). Infolgedessen stellt sich auch die Einführung der Niederlassungsfreiheit als eine Eigentumsentziehung und damit als eine Enteignung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 RV. dar.

Diese Ansicht kann sich auch auf eine geschichtliche Begründung stützen. Wie erinnerlich, hat das Gewerbesteuer-Edikt die Auslegung erfahren, daß durch dieses Gesetz Gewerbefreiheit, bezw. für Apotheker Niederlassungsfreiheit eingeführt worden sei. Wegen der damit verbundenen Aufhebung aller Gewerbegerechtigkeiten sollte für die Inhaber gemäß § 17 Satz 2 a. a. O. eine billige Entschädigung von der Regierung gewährt werden. — Dazu ist es allerdings nicht gekommen, weil die Behörden, in den Anschauungen des Polizeistaates befangen, auch fernerhin eine Betriebserlaubnis forderten, in der Annahme, daß lediglich die Ausschließlichkeit mancher Gewerberechte aufgehoben sei, die Gewerbegerechtigkeiten im übrigen aber fortbeständen. Wenn auch tatsächlich damals Niederlassungsfreiheit nicht eingeführt worden ist und daher auch keine Entschädigungen geleistet wurden, so hindert das doch nicht, daß in dem Gesetz die Entschädigungspflicht zum Ausdruck gekommen war.

§ 3. Endergebnis.

Als abschließendes Ergebnis der gesamten Untersuchung ist somit festzustellen, daß alle Inhaber von bisher verkäuflichen Apotheken bei einer Umwandlung ihrer Apotheken in unverkäufliche oder bei einer Einführung der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich einen Anspruch auf Entschädigung haben; entschädigungsberechtigt sind also nicht nur die Inhaber von Apothekenprivilegien, sondern auch die Inhaber von Konzessionen mit Präsentationsrecht, somit auch die Inhaber der Apotheken, die unter der Herrschaft des nassauischen Medizinal-Edikts von 1818 entstanden sind.

---

323) Aehnlich Klie, S. 75 ff.

324) Einer förmlichen Uebereignung bedarf es ja auch nach der Uebereignungstheorie nicht, sondern es genügt die Verschaffung subjektiver privater Rechte (M. Wolff, a. a. O. S. 27).

Lebenslauf.

Am 16. November 1902 bin ich als Sohn des Apothekenbesitzers Anton Wantzen und seiner Ehefrau Irma, geb. Pfennings, zu Hayingen (Lothr.) geboren. Nach der Übersiedlung meiner Eltern nach Wiesbaden besuchte ich dort die Schule. Mit dem Reifezeugnis verließ ich Ostern 1923 das Hum. Gymnasium. Meinen rechtswissenschaftlichen Studien oblag ich an den Universitäten München, Freiburg i. B. und Frankfurt am Main. Am Oberlandesgericht Frankfurt am Main unterzog ich mich am 3. Dezember 1927 der ersten Staatsprüfung. Das zweite Staatsexamen legte ich am 5. Dezember 1931 in Berlin ab.

Meinem verehrten Referenten, Herrn Professor Dr. Giese sage ich an dieser Stelle für seine wertvollen Hinweise und die wohlwollende Aufnahme dieser Arbeit herzlichen Dank.

Rudolf Wantzen.